

REVISTA
de ESPAÑOLA
DERECHO
MILITAR

Escuela Militar de
Estudios Jurídicos

n.º 105

Madrid (España) • enero - junio 2016 • ISSN: 0034-9399



MINISTERIO DE DEFENSA

REVISTA
de ESPAÑOLA
DERECHO
MILITAR

105 ENERO
JUNIO
2016

MADRID

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

Edita:



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

© Autores y editor, 2016

NIPO: 083-15-140-0 (edición en papel)

NIPO: 083-15-141-6 (edición en línea)

ISSN: 0034-9399

ISSN: 2530-1497 (edición en línea)

Depósito Legal: M-523-1958

Fecha de edición: mayo 2016

Imprime: Ministerio de Defensa

Las opiniones emitidas en esta publicación son exclusiva responsabilidad de los autores de la misma.

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

En esta edición se ha utilizado papel 100% reciclado libre de cloro.



ÍNDICE GENERAL DEL NÚMERO 105 ENERO - JUNIO 2016

NOTA INTRODUCTORIA DEL DIRECTOR DE LA REVISTA	
— Manuel Hernández-Tejero García: <i>La REDEM se incorpora al catálogo Latindex</i>	9
DOCTRINA	
— Resumen de contenidos. Table of contents.....	15
ESTUDIOS	
— Juan Antonio Maldonado Molina: <i>Discapacidad y Fuerzas Armadas</i>	25
— Manuel Luis Pérez García: <i>El nuevo cauce de ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisdicción militar: los «procesos» de revisión penal y contencioso-disciplinario</i>	77
— Abraham Martínez Alcañiz: <i>Guardia Civil y Derecho Penal Militar. Una relación surgida a causa de la naturaleza militar de este Instituto Armado y la necesidad de proteger ciertos bienes jurídicos</i>	113
— Beatriz Garrigues Garrido: <i>Violencia sexual y conflictos armados: la respuesta de la comunidad internacional</i>	153
NOTAS	
— Salvador Calderón Madrigal: <i>La configuración constitucional del Ejército español en el siglo XIX</i>	195
— Daniel Rey Moral: <i>Particularidades de los derechos fundamentales y libertades públicas de los militares desde la Ley Orgánica 9/2011</i>	213
TEXTOS	
DOCUMENTACIÓN	
— Eduardo Reigadas Lavandero: <i>Los delitos contra los deberes del servicio: algunas notas deducidas de la comparación del derogado Código Penal Militar de 1985 con el vigente de 2015</i>	257

— José Leandro Martínez-Cardós Ruiz: <i>Doctrina legal del Consejo de Estado</i>	321
--	-----

BIBLIOGRAFÍA

RECENSIÓN DE LIBROS

— Por: Manuel Hernández-Tejero García: <i>Zonas protegidas y operaciones de mantenimiento de la paz. Lecciones identificadas y lecciones aprendidas en conmemoración del 20.º aniversario de la masacre de Srebrenica</i> . Autores: Susana De Tomás Morales (coord.), Cristina Amich Elías, José Ángel López Jiménez y Abraham Martínez Alcañiz.....	345
— Por: Francisco Luis Pascual Sarría: <i>Nuevas amenazas y desafíos permanentes. El Estado Islámico en el escenario internacional y la regionalización de la seguridad en América Latina</i> . Autor: Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado	349
— Por: Francisco Luis Pascual Sarría: <i>Estudio de la guerra</i> . Autor: Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado	353

NOTICIAS DE REVISTAS

— Francisco Luis Pascual Sarría. Noticias de revistas	357
---	-----

NORMAS DE EDICIÓN Y PUBLICACIÓN

**NOTA INTRODUCTORIA
DEL DIRECTOR DE LA
REVISTA**

LA REDEM SE INCORPORA AL CATÁLOGO LATINDEX

Manuel Hernández-Tejero García

Director

No es habitual que el director de la Revista Española de Derecho Militar haga uso de su condición de tal para iniciar un número con un editorial, a modo de preámbulo, presentación o introito. El último ejemplar que así apareció fue el número cien, correspondiente cronológicamente al año 2013, y fue su director en aquel momento, el general auditor D. Carlos Eymar Alonso, quien encabezó el número con ocasión de haber llegado en la publicación de la Revista a tan significativa y redonda cifra, titulando su editorial «Presentación: crónica sucinta de 100 números». Lo que se anunciaba como «crónica sucinta» alcanzó finalmente cuarenta páginas preñadas de datos interesantes ordenados de modo cronológico, reflexiones, anécdotas y una selección de las principales vicisitudes de toda índole —positivas y otras que no lo fueron tanto— que atravesó nuestra Revista en un largo periplo que comenzó el año 1956, en que se publicó el primer número, expuestas con la prosa cuidada, erudita y no por ello exenta de amenidad de nuestro querido y siempre admirado general auditor Eymar.

Yo no voy a pretender tanto, y quiero limitarme a reseñar una circunstancia, que creo debe marcarnos e impulsar con renovados bríos la senda a seguir en nuestra publicación. Es cierto que en el año 2016 se produce la efeméride de sesenta años desde los inicios de su andadura —¡seis décadas nada menos!—, de lo cual sin duda debemos congratularnos, ya que para una revista científica y especializada en una rama tan peculiar e injustamente desatendida del derecho en nuestras universidades, como es el Derecho Militar, no es cuestión baladí, y así fue expuesto por el anterior

director en el número 100 a que acabamos de hacer referencia. Sin embargo, no es esta la razón de esta introducción, sino que su objetivo es poner en conocimiento de todos los lectores un hecho ciertamente notable —que para mí tiene un alcance singular y que supone un hito en la proyección y reconocimiento internacional de nuestra publicación—, como es el haber conseguido su inclusión y registro en el prestigioso **Catálogo Latindex**¹, ya desde este número 105 que el amable lector tiene en sus manos².

De acuerdo con la información que nos proporciona el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, institución que representa a España en dicho sistema y que se encarga, a través del Grupo de Investigación de Evaluación de Publicaciones Científicas (EPUC) que de él depende, de coordinar las revistas españolas de Ciencias Sociales y Humanidades que se incorporan a esta base de datos, esta destacada agencia estatal de investigación científica considera a Latindex como un sistema de información que reúne y permite consultar información bibliográfica sobre las publicaciones científicas periódicas de los países que abarca. Las revistas incorporadas por cada país participante en el sistema son evaluadas conforme a treinta y tres criterios de calidad para revistas impresas, o treinta y seis para revistas electrónicas. Por ello, el usuario podrá encontrar revistas incluidas en el directorio Latindex (aquellas que cumplen menos de veinticinco criterios de calidad) o en el catálogo Latindex, como es nuestro caso, para aquellas que cumplen veinticinco o más criterios de calidad.

Por su parte, Latindex se autodefine como «producto de la cooperación de una red de instituciones que funcionan de manera coordinada para reunir y diseminar información bibliográfica sobre las publicaciones científicas seriadas producidas en la región. Latindex es un sistema de información sobre las revistas de investigación científica, técnico-profesionales y de divulgación científica y cultural que se editan en los países de América Latina, el Caribe, España y Portugal. La idea de creación de Latindex surgió en 1995 en la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y se convirtió en una red de cooperación regional a partir de 1997».

Sus objetivos generales son «difundir, hacer accesible y elevar la calidad de las revistas académicas editadas en la región, a través del trabajo compartido».

Mientras que como objetivos particulares contempla «establecer políticas y acciones que conduzcan a:

¹ Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal.

² Aparece el registro de la *REDEM* en el enlace <http://www.latindex.org/latindex/ficha?folio=6376>

1. Integrar los esfuerzos que se realizan en la región en materia de producción, difusión, registro y uso de las revistas académicas.
2. Reforzar y elevar la calidad e impacto de nuestras revistas.
3. Dotar de mayor visibilidad y cobertura internacional a las revistas iberoamericanas.
4. Utilizar la información procesada para la elaboración de subproductos.
5. Influir en los ámbitos nacional e internacional en materia de información, documentación y publicación científica».

Para completar la información y destacar el prestigio, el reconocimiento y la difusión en el ámbito internacional que la incorporación al Catálogo Latindex va a proporcionar a la Revista, baste señalar que este sistema ofrece cuatro bases de datos con información sobre las revistas científicas indizadas, que en octubre de 2012 (fecha del último registro de datos) proporcionaban acceso a más de un millón doscientos mil artículos a texto completo de más de tres mil revistas de acceso abierto:

1. **Directorio**, con datos bibliográficos y de contacto de todas las revistas registradas, ya se publiquen en soporte impreso o electrónico. Disponible a partir de 1997, registra la existencia de revistas con contenidos académicos publicados en los países de la región. Cada registro proporciona los datos básicos de identificación, tales como el título, el año, institución editora, disciplina de especialización, tirada, precio y datos de contacto. En octubre de 2012 fueron 21.000 las revistas registradas, publicadas en treinta y dos países y territorios. También incluye las revistas publicadas por las instituciones internacionales con los países miembros de Iberoamérica, como la Organización de los Estados Americanos (OEA), la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura (OEI) o el Instituto Panamericano de Geografía e Historia (IPGH), entre otros. Bajo el nombre de «Latinoamericanistas» también incluye las revistas con contenido sobre la región pero publicadas en países europeos.

2. **Catálogo**, que incluye únicamente las revistas —impresas o electrónicas— que cumplen los criterios de calidad editorial diseñados por Latindex. Disponible desde el año 2002, es un subconjunto de las revistas incluidas en el Directorio. Solo las revistas que cumplan un mínimo de los criterios editoriales establecidos por Latindex están incluidas en el Catálogo, después de comprobar el número de características editoriales cumplidas por la publicación. Estos criterios se pueden consultar en el sitio web Latindex. El catálogo no se creó como un instrumento de evaluación en sí, sino como un servicio de referencia especializada en la calidad editorial de las revistas. En octubre de 2012, el catálogo contenía más de 6.400 títulos.

3. **Revistas en línea**, que permite el acceso a los textos completos en los sitios en que se encuentran disponibles. Creada en 2002, permite la localización automática de las publicaciones incluidas en el directorio que tienen una versión en línea. Proporciona datos sobre el tipo de acceso y los formatos en los que la revista se presenta, así como su cobertura temporal, que proporciona un enlace a la revista y a sus artículos a texto completo disponibles. En octubre del repetido año 2012, este directorio registraba más de 4.700 títulos.

4. **Portal de Portales**, que permite el acceso al texto completo de una selección de revistas iberoamericanas disponibles en los portales más importantes de la región. Fundado en 2011, constituye un portal macro que recoge y da acceso a los contenidos de una selección de revistas iberoamericanas disponibles en dieciocho colecciones de revistas virtuales creadas en la región por varias instituciones: Dialnet, e-Revistas, Lamjol, Pepsic, Racó, Redalyc, Revistas de la Universidad de Chile, Portal de Revistas Científicas y Arbitradas de la UNAM, Saber ULA, Revistas de la UFPR, así como varios sitios nacionales de la red SciELO, como Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, España, México y Perú.

No cabe sino concluir esta breve introducción al presente número 105 de la Revista Española de Derecho Militar felicitándonos todos por el éxito conseguido, que sin duda es un estímulo para perseverar en la difusión y creación de doctrina del Derecho Militar español, reflejo en primer lugar de la calidad científica y rigor académico de cuantos escriben en nuestra publicación, como asimismo —y no por estar en segundo orden es de menor importancia— por la seriedad, colaboración y entrega que el director, y en su nombre todos los que desde distintos sectores de la docencia universitaria, magistratura y asesoramiento jurídico componen el Consejo Editorial y el Consejo de Redacción, han encontrado en el equipo de la Subdirección General de Publicaciones y Patrimonio Cultural, dependiente de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa, sin cuyo soporte y gestión no hubiera llegado a buen puerto esta empresa, por lo que desde aquí quiero manifestarles públicamente mi más expresivas gracias.

DOCTRINA

RESÚMENES (ABSTRACTS) DEL NÚMERO 105 (ENERO-JUNIO 2016)

DISCAPACIDAD Y FUERZAS ARMADAS. *Juan Antonio Maldonado Molina.*

Resumen: La protección laboral y de Seguridad Social de militares y guardias civiles con discapacidad está experimentando importantes novedades. Por un lado, sus pensiones por incapacidad permanente dejan de prestarse por el Sistema de Clases Pasivas (para los incorporados tras 2011), pasando al Régimen General de la Seguridad Social (RD 1087/2015, de 4 de diciembre). Por otro, se abre la puerta al mantenimiento dentro de las Fuerzas Armadas de los militares y guardias civiles que sufran una pérdida de capacidad, aunque por ahora es solo una de las líneas de actuación que llevará a cabo la recién creada Oficina de Atención a la Discapacidad en las Fuerzas Armadas (Orden DEF/83/2016, de 25 de enero), dentro del Plan Integral de Apoyo a la Discapacidad en las Fuerzas Armadas de julio de 2015. Hay un nuevo escenario en el que tanto de forma honorífica como económica se produce un reconocimiento a los que pierden sus condiciones físicas dentro de las FAS, en acto de servicio o por enfermedad. Este nuevo marco (más bien renovado, porque hay antecedentes históricos de todo ello, que también se estudian), si bien formalmente ha venido por los instrumentos internacionales en materia de discapacidad, realmente se asienta en el derecho a la reparación y en el derecho internacional humanitario. El derecho de la discapacidad debe ser un apoyo, pero no la base fundamental. Realmente, los pilares están en el derecho a la reparación. En ambos pilares se basa el marco jurídico de la discapacidad dentro de las FAS, que es lo que pasamos a estudiar en el presente artículo.

Palabras clave: jubilación, discapacidad, Fuerzas Armadas, integración laboral, pensiones.

DISABILITY AND ARMED FORCES. *Juan Antonio Maldonado Molina.*

Abstract: The labor protection and social security of military and civilian guards disabled is undergoing major developments. On the one hand, pensions for permanent disability no longer regulated by the Passive Class System (for employees hired after 2011), through the General System of Social Security (RD 1087/2015, of december 4). Secondly, the door to the maintenance within the Armed Forces of the military and civil guards who suffer a loss of capacity opens, but for now it's just one of the lines of action to be undertaken by the newly created Office of Care disabled in the Armed Forces (Order DEF/83/2016 of 25 January), in the Comprehensive Plan disability Support in the Armed Forces of July 2015). There is a new scene in which so much of honorific as economic form, a recognition happens to which lose his physical conditions inside the FAS, in act of service or for disease. This new frame (rather renewed, because there are historical precedents of all this, which also is studied), though formally it has come for the international instruments as for disability, really one agrees in the Law to the Repair and in the Humanitarian International Law. The Law of the Disability must be a support, but the fundamental base. Really, the props are in the Law to the Repair. On both props the juridical frame of the Disability is based inside the FAS, which it is what we happen to study in the present article.

Keywords: retirement, disability, Armed Forces, labor integration, pensions.

EL NUEVO CAUCE DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN LA JURISDICCIÓN MILITAR: LOS «PROCESOS» DE REVISIÓN PENAL Y CONTENCIOSO DISCIPLINARIO. *Manuel Luis Pérez García.*

Resumen: El trabajo aborda el nuevo cauce legal de ejecución de las sentencias condenatorias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisdicción militar mediante los «procesos» de revisión penal y contencioso-disciplinario. Se estudian los antecedentes jurisprudenciales, doctrinales y normativos que han desembocado en el nuevo mecanismo procesal partiendo de la idea de europeización de los derechos fundamentales y de los tres sistemas de garantías existentes: nacional, europeo y convencional; en

la incidencia en lo militar por la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, deteniéndonos especialmente en distintas modificaciones de la legislación militar y de la Guardia Civil y exponiendo algunas cuestiones de interés sobre los procesos de revisión en la ley procesal militar. Se concluye anticipando algunos de los problemas que la Sala de lo Militar de nuestro Tribunal Supremo deberá afrontar en los venideros procesos de revisión.

Palabras clave: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ejecución de sentencias, jurisdicción militar, proceso de revisión penal y contencioso-disciplinario.

THE NEW WAY FOR EXECUTION OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS JUDGMENTS IN THE MILITARY COURTS: THE CRIMINAL AND CONTENTIOUS-DISCIPLINARY REVIEW PROCESSES. *Manuel Luis Pérez García.*

Abstract: The paper deals with the new legal way of execution of judgments of the European Court of Human Rights in military courts through the criminal and contentious-disciplinary review processes. Case law, legal scholars and legislation precedents which led to the new procedural mechanism based on the idea of Europeanization of fundamental rights and the three existing systems of protection: national, European and conventional; the impact on the military by the Court of Strasbourg, especially stopping at various modifications of military and «Guardia Civil» law and exposing some issues of concern about the review processes in the military procedural law. It is concluded foreseeing some of the problems that the Military Chamber of our Supreme Court will face in the upcoming review processes.

Keywords: European Court of Human Rights, enforcement of judgments, military jurisdiction, criminal and contentious-disciplinary review processes.

GUARDIA CIVIL Y DERECHO PENAL MILITAR. UNA RELACIÓN SURGIDA A CAUSA DE LA NATURALEZA MILITAR DE ESTE INSTITUTO ARMADO Y LA NECESIDAD DE PROTEGER CIERTOS BIENES JURÍDICOS. *Abraham Martínez Alcañiz.*

Resumen: El presente artículo tiene como objeto analizar el ámbito de aplicación a la Guardia Civil del nuevo Código Penal Militar aprobado

por la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre. Para ello resulta preciso, en primer lugar, analizar la naturaleza militar de este instituto armado; en segundo lugar, entender la evolución jurisprudencial del anterior art. 7 bis del Código Penal Militar de 1985; en tercer lugar, indagar en la tramitación parlamentaria del nuevo texto punitivo castrense; y en último lugar, efectuar un análisis del derecho penal militar y los bienes jurídicos del orden militar que se pretenden proteger mediante la norma penal militar. Tras estas premisas podremos comprender el nuevo sistema de aplicación del Código Penal Militar a la Guardia Civil, llevado a cabo mediante el sistema de niveles de aplicación.

Palabras clave: Guardia Civil, derecho penal militar, bienes jurídicos del orden militar, Código Penal Militar.

GUARDIA CIVIL AND MILITARY CRIMINAL LAW. A RELATIONSHIP ARISEN BECAUSE OF THE MILITARY NATURE OF THIS ARMED INSTITUTE AND THE NEED TO PROTECT CERTAIN LEGAL VALUES. *Abraham Martínez Alcañiz.*

Abstract: This article aims to analyze the scope of the Guardia Civil of the new Military Penal Code approved by Ley Orgánica 14/2015, de 14 octubre. For it is necessary, first, to analyze the military nature of this military institution; second, understand the jurisprudential evolution of the last art. 7 bis of the Military Penal Code of 1985; third, the parliamentary procedure to inquire into the new military punitive text; and finally, an analysis of military criminal law and military legal interests or rights who claim to protect by military criminal rule. After these premises we can understand the new enforcement system of the Military Penal Code to the Guardia Civil, carried out by the system application levels.

Keywords: Guardia Civil, military criminal law, Military Penal Code, military legal interests or rights.

VIOLENCIA SEXUAL Y CONFLICTOS ARMADOS: LA RESPUESTA DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL. *Beatriz Garrigues Garrido.*

Resumen: La comunidad internacional empezó a reaccionar a la práctica de violencia sexual en conflicto armado hace escasos veinte años. El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas inició lo que se conoce como la

Agenda Mujeres, Paz y Seguridad a través de la Resolución 1325 (2000), que ha sido ampliada por subsiguientes resoluciones. Por su parte, los Tribunales Internacionales *ad hoc* para la ex-Yugoslavia y Ruanda y, más recientemente, la Corte Penal Internacional en su sentencia en el caso Bemba, han ido conformando una jurisprudencia en la materia que supone la base del tratamiento penal internacional de los crímenes de violencia sexual en conflicto armado.

Palabras clave: violencia sexual, conflicto armado, crimen de guerra, genocidio, crímenes de lesa humanidad.

SEXUAL VIOLENCE AND ARMED CONFLICT: THE INTERNATIONAL COMMUNITY'S REPOSE. *Beatriz Garrigues Garrido.*

Abstract: The international community begun to react to the practice of sexual violence in armed conflict barely twenty years ago. The United Nations Security Council started what is known as the Women, Peace and Security Agenda through resolution 1325 (2000), which has been further expanded by subsequent resolutions. For their part, the *ad hoc* International Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda and, more recently, the International Criminal Court in the Bemba Judgment have developed a body of case law that has become the basis for the international criminal response to crimes of sexual violence in armed conflict.

Keywords: sexual violence, armed conflict, war crime, genocide, crimes against humanity.

LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL EJÉRCITO ESPAÑOL EN EL SIGLO XIX. *Salvador Calderón Madrigal.*

Resumen: Una de las principales preocupaciones de las Cortes de Cádiz fue otorgar una configuración constitucional al Ejército español, en el intento de superar el modelo estamental propio del antiguo régimen y la dependencia exclusiva de la persona del rey. Para ello, se pretendió redactar una «constitución militar» con base y fundamento en la Constitución política del Estado, sin conseguirlo a pesar de contar las Cortes con las aportaciones de particulares y de algunas instituciones. La concepción jurídico-política que el Ejército tuvo en los distintos momentos del siglo XIX quedó reflejada en las Leyes constitutivas del Ejército de 9 de junio de

1821, 29 de noviembre de 1878 y la adicional a esta última de 26 de julio de 1889.

Palabras clave: Cortes de Cádiz, Constitución, Ejército, leyes constitutivas.

THE CONSTITUTIONAL CONFIGURATION OF THE SPANISH ARMY IN THE NINETEENTH CENTURY. *Salvador Calderón Madrigal.*

Abstract: One of the main concerns of the Courts of Cadiz was giving a constitutional setting to the Spanish Army, in the attempt to overcome the stamental model of the Old Regime. For that, it was intended to write a military constitution based on the political constitution without success, despite having contributions from individuals and some institutions. Legal and political conception of the Army along the nineteenth century was reflected in the Army Constitutive Laws of 9th june 1821, 29th november 1878 and 26th july 1889.

Keywords: Courts of Cadiz, Constitution, Army, constitutive laws.

PARTICULARIDADES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS DE LOS MILITARES DESDE LA LEY ORGÁNICA 9/2011. *Daniel Rey Moral.*

Resumen: El objeto del presente artículo es el de exponer de la forma más concisa posible cada uno de los derechos fundamentales y de las libertades públicas que se encuentran previstos en el título I de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, sin omitir su relación y conexión directa con los principales marcos normativos nacionales e internacionales, y la más consolidada jurisprudencia sobre la materia.

Con esta intención descriptiva y analítica, han sido reseñables en este contexto los conflictos reales y las particularidades prácticas que del ejercicio de cada derecho y libertad se pueden producir por parte del militar, quien a ellas se ve voluntariamente sometido como especial servidor público destinado al cumplimiento de las misiones encomendadas constitucional y legalmente.

Palabras clave: Ley Orgánica 9/2011, derechos fundamentales y libertades públicas, Fuerzas Armadas, militar profesional.

PARTICULARITIES OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS AND PUBLIC LIBERTIES OF THE MILITARY IN ORGANIC LAW 9/2011. *Daniel Rey Moral.*

Abstract: This review aims to examine concisely every fundamental rights and public freedoms provided at Title I of Spanish Organic Law 9/2011 of 27th July about rights and duties of members of the Armed Forces including its connection with main national and international frameworks, as settled case law in this field.

These descriptive and analytical purposes take us to an examination of actual conflicts and practical features, which are born in the exercise of every right and freedom by servicemen, who in turn is entitled to fulfill the missions constitutionally and lawfully entrusted as a unique public servant.

Keywords: Organic Law 9/2011, fundamental rights and public freedoms, Armed Forces, professional military.

ESTUDIOS

DISCAPACIDAD Y FUERZAS ARMADAS
PREMIO DEFENSA 2016
PREMIO JOSÉ FRANCISCO DE QUEROL Y LOMBARDERO

Juan Antonio Maldonado Molina
Profesor titular. Facultad de Derecho de la Universidad de Granada

SUMARIO:

1. Introducción. 1.1. Una perspectiva histórica. 1.2. El derecho de reparación. 2. El reconocimiento y apoyo a la discapacidad en las Fuerzas Armadas. 2.1. El reconocimiento honorífico por la pérdida de capacidad en acto de servicio. 2.1.1. Reconcompensas. 2.1.2. Empleos superiores con carácter honorífico. 2.2. El plan integral de apoyo a la discapacidad en las Fuerzas Armadas. 3. Integración laboral del personal militar discapacitado. 3.1. Consideraciones generales. 3.2. La recolocación de los militares con discapacidad. 3.2.1. Insuficiencia para determinados destinos: reasignación de destino. 3.2.2. Insuficiencia para todos los destinos: vinculación honorífica. 3.2.3. Programas de incorporación fuera de las FAS. 3.3. Condicionantes a la vista del Derecho Social de la Unión Europea. 3.4. El bien jurídico protegido: cuestiones a reconsiderar. 4. La incapacidad permanente de los miembros de las FAS. Planteamiento general. 5. Pensiones del sistema de clases pasivas del Estado. 5.1. Marco general. 5.2. La pensión ordinaria de retiro por incapacidad. 5.2.1. Concepto y situación protegida. 5.2.2. Período de carencia. 5.2.3. Cuantía. 5.2.4. Régimen de compatibilidades. 5.3. Pensión extraordinaria de retiro. 5.3.1. Concepto y situación protegida. 5.3.2. Regulación. 5.3.3. Requisitos y cuantía. Los topes máximos. 5.3.4. Pensión extraordinaria para alumnos de centros docentes militares de formación. 5.4. Pensión e indemnización por inutilidad para el servicio de los militares de complemento y de tropa y marinería. 6. La acción protectora del ISFAS. 6.1. La pensión complementaria por inutilidad para el servicio. 6.2. El complemento por gran invalidez. 6.3. Prestaciones para situaciones de dependencia. 7. La integración en el Régimen General de la Seguridad Social. 7.1. Hacia la homogeneización de sus pensiones con las del RGSS. 7.2. Ámbito de la aplicación. 7.2.1. Ámbito subjetivo. 7.2.2. Ámbito material. 7.2.3. Ámbito temporal. 7.3. Procedimiento. 7.3.1. Actuaciones del Ministerio de Defensa/Interior. 7.3.2. Actuaciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social. 8. Conclusiones. 9. Bibliografía citada.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA

En el mundo militar siempre ha estado presente un sentimiento de justicia para los que sufrieron la pérdida de su capacidad en acto de servicio. Se trata no solo de un reconocimiento al cumplimiento de un deber, sino de un mecanismo para motivar, que así expondrán su integridad con la confianza de que si algo les sucediere, no quedaría en balde ese sacrificio.

Esta ha sido una constante histórica, aunque el reconocimiento ha evolucionado en intensidad y extensión. Paradójicamente, a diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos del Derecho, si se echa la vista atrás comprobamos que localizamos en el pasado mayores muestras de reconocimiento que en los últimos treinta años, hasta 2015 (año en el que se observa un nuevo cambio de rumbo), aunque no obviamente en lo económico, nos referimos a las posibilidades de integración laboral. Si revisamos nuestra historia militar, nos encontraremos tanto con que algunos de los grandes personajes de la misma tenían una discapacidad, como que han existido desde antiguo mecanismos institucionales para recompensar a los militares que quedaban inválidos, mutilados o con alguna discapacidad (usando la terminología actual).

Así, hay figuras (leyendas de nuestra historia) que, además de grandes militares, eran personas con discapacidad. Sus hazañas hubieran sido imposibles hoy, porque hubieran pasado a la situación de retiro. Son dos los ejemplos que referiremos en el ámbito castrense, y un tercero en el literario. Respecto de los primeros, es obligado recordar a D. Blas de Lezo y Olavarrieta: «cojo, manco y tuerto», a la par que teniente general de la Armada, entre cuyas gestas está la épica defensa de Cartagena de Indias frente a una potente escuadra de la Armada inglesa¹. Igualmente, otro «cojo, manco y tuerto» e ilustre militar fue D. José Millán-Astray y Terreros, que en 1920 creó el Tercio de Extranjeros (posteriormente llamado Legión Española), y más adelante promotor también del Cuerpo de Caballeros Mutilados por la Patria, en 1937.

La tercera figura que queremos rememorar no es estrictamente castrense, aunque sí uno de los símbolos de soldados españoles discapacitados

¹ En palabras de PÉREZ-FONCEA, (*El héroe del Caribe*, Ed. Libros Libres, Madrid, 2012), pocos hombres en la historia de España han hecho tanto por su patria y, sin embargo, han caído en tan triste e incomprensible olvido como el almirante Blas de Lezo. Un breve relato de su vida y la batalla de Cartagena de Indias, *vid.* ROJO PINILLA, J. A., *Cuando éramos invencibles*, El Gran Capitán Ediciones, Madrid, 2015, pp. 135-138 y 198-203.

en acto de servicio: el «manco de Lepanto», uno de los calificativos con que se conoce a nuestro más universal escritor, D. Miguel de Cervantes Saavedra. Nuestro más ilustre escritor, pese a perder su mano izquierda en esa batalla, la tenía presente como una gran epopeya². Y también recordó Cervantes la situación de los soldados con discapacidad en el *Quijote*, donde aconsejaba el Ingenioso Hidalgo a un paje que quiere alistarse en una compañía de infantería:

«Y advertid, hijo, que al soldado mejor le está el oler a pólvora que algalia, y que si la vejez os coge en este honroso ejercicio, aunque sea lleno de heridas y estropeado o cojo, a lo menos no os podrá coger sin honra, y tal, que no os la podrá menoscabar la pobreza; cuanto más, que ya se va dando orden cómo se entretengan y remedien los soldados viejos y estropeados». (*Quijote*, II, cap. XXIV)

Soldados viejos y estropeados. Una expresión totalmente alejada de los actuales eufemismos, y que con orgullo vienen usando hoy los militares españoles con discapacidad a través de la asociación que los representa, ACIME (Asociación de Militares y Guardias Civiles con Discapacidad)³, dando nombre a su revista⁴, asociación que tiene como socio de honor a Cervantes.

Junto con personalidades extraordinarias de la historia militar española con discapacidad, hay que referirse a los mecanismos que desde antiguo han servido para reconocer y recompensar a los militares con discapacidad. Sin remontarnos a hitos anteriores a la formación del Estado español (entre los que habría que aludir a la formación de la ciudad de Mérida⁵ o las Partidas de Alfonso X⁶), queremos aludir a los siguientes, aunque advir-

² En *El licenciado Vidriera* señala que si es manco no se debe a una vulgar riña de taberna, «sino en la más alta ocasión que vieron los siglos pasados, los presentes, ni esperan ver los venideros». Cfr. FERNÁNDEZ NIETO, M., «Sobre el Prólogo de la Segunda Parte de El Quijote», *Revista de Historia Militar*, núm. extra, 2015, p. 19.

³ La sigla ACIME tiene su origen en la antigua Asociación Cultural de Inválidos Militares de España. La Asociación de Militares y Guardias Civiles con Discapacidad se creó en 1989 para la defensa de los intereses de todos los que a partir de la promulgación de la Ley 50/1984 quedaron desprotegidos al no poder ingresar en el Cuerpo de Mutilados, a consecuencias de sus heridas o lesiones sufridas en acto de servicio.

⁴ <http://www.acime.es/index.php/revista>

⁵ El topónimo de Mérida deriva del latín Emerita Augusta, con un significado de jubilada o veterana, nombre que tiene su razón de ser en que cuando el emperador Augusto la fundó en el año 25 a. C., lo hizo para que se instalaran sus soldados veteranos o emeritos.

⁶ Dentro de las Siete Partidas, la ley I del título XXV de la II Partida fijó indemnizaciones (enchas, en castellano medieval) que debían recibir los hombres por los daños sufridos en las guerras. Cfr. Puell de la Villa, F., «La protección de la discapacidad en los Ejércitos:

tiendo de antemano que ninguna norma protegió a los inválidos de forma continua y efectiva⁷.

El auxilio a los soldados envejecidos e inválidos (riesgos que se confundían y subsumían en una sola categoría) ha sido históricamente una de las primeras manifestaciones de cobertura de la ancianidad por el Estado, al preocuparse por la situación en que quedaban sus servidores y las consecuencias que para la seguridad y el orden público podía tener, amén del desánimo y desasosiego que producía entre las milicias su incierto futuro⁸. Por ello, las primeras pensiones establecidas para el Estado han estado orientadas al empleo público, y dentro de este colectivo el de la milicia. En palabras de De la Villa, «el oficio de militar ha servido de estímulo para el establecimiento de medidas de protección social»⁹.

Carlos V creó la primera unidad integrada por soldados inválidos. Y para algunos incluso llegó a otorgarse el retiro en sus casas «con pleno goce de su paga» para varios soldados de la Guardia Española, en 1583¹⁰. Las primeras pensiones con esta finalidad se sitúan a finales del siglo XVI¹¹. En este sentido, es de subrayar al ilustre Cristóbal Pérez de Herrera, médico militar que recoge un proyecto de seguro para la invalidez y vejez en beneficio de la «clase militar»¹², «para que los soldados viejos, marineros, pilotos y artilleros y otros jubilados por estropeados o vejez, vivieran asegurados y consolados», fundando una casa «a donde acudan y se reciba a todos los inútiles y estropeados en la guerra o que por vejez no puedan estar en el servicio», proyecto presentado a Felipe II, aunque nada se hizo¹³. Pero eran más planteamientos teóricos que realidades. En España, Felipe IV instauró la primera pensión con carácter general en 1632, prevista para

una mirada retrospectiva», en Medina Torres y González-Badía Fraga (coords.), *Apuntes y reflexiones sobre discapacidad militar. Actas del IV Seminario Internacional sobre Discapacidad Militar*, Universidad de Granada - Mando de Adiestramiento y Doctrina (MADOC), Granada, 2014, p. 124; Puell de la Villa, F., *Historia de la Protección Social Militar en España (1265-1978)*. De la Ley de Partidas al ISFAS, ISFAS, Madrid, 2008, pp. 30 y ss.

⁷ Viñes Millet, C., «El Cuerpo de Inválidos y su organización, en el contexto de la Reforma del Ejército del siglo XVIII», *Revista de Historia Militar* 52 1982, p. 80.

⁸ Maldonado Molina, J. A., *Génesis y evolución de la protección social por vejez en España*, MTAS, TGSS, Madrid, 2002.

⁹ De La Villa Gil, L. E., «Prefacio» a Puell de la Villa, F., *Historia de la Protección Social Militar en España (1265-1978)*, cit., p. 7.

¹⁰ Viñes Millet, C., op. el loc. cit. (nota número 3).

¹¹ Un análisis más detallado, en Puell de la Villa, F., «La protección de la discapacidad en los Ejércitos: una mirada retrospectiva», op. cit., pp. 125 y ss.

¹² En su obra *Discursos para el amparo de los legítimos pobres y reducción de los fingidos; y de la fundación y principio de los albergues destos reinos; y amparo de la milicia dellos (1598)*.

¹³ Viñes Millet, C., op. cit., p. 82.

el militar que quedara impedido por vejez, enfermedad o heridas, siempre que hubiese prestado dieciséis años de servicio activo o diez combatiendo ininterrumpidamente¹⁴.

La aparición de los montepíos también se liga a la protección social de las milicias. Así, con la Ilustración se desarrolló una intensa campaña contra las cofradías y hermandades¹⁵, convirtiéndose estas entidades de previsión en montepíos, que no eran sino hermandades de socorro de carácter laico, vigiladas y controladas por el Estado, sin atender a los fines religiosos. Esta es la razón de que los primeros montepíos se crearan por iniciativa oficial para los empleados del Estado, siendo el primero de ellos el Montepío Militar, fundado en el año 1761. No obstante, la acción protectora que otorgaban era limitadísima, restringiéndose a la mera protección de la viudedad y orfandad de los familiares de los funcionarios¹⁶.

En el siglo XVIII se constituyeron unas unidades específicas integradas por militares que hubieran sufrido una invalidez (compañías, batallones y finalmente regimientos de inválidos)¹⁷, en un proceso que culminaría en el siglo XIX con la creación del Cuerpo de Inválidos. Las funciones a las que se asignaban eran custodia de fortalezas y sitios reales y mantenimiento del orden ciudadano. Desde la creación de este Cuerpo hasta su extinción, durante la II República, transcurre casi un siglo. Dentro de esta etapa, la principal reforma tuvo lugar en 1926, cuando se dictan algunas de las bases de la reorganización del Cuerpo, que pasaría a denominarse Cuerpo de Inválidos Militares¹⁸, y que como principales novedades pasa a diferenciar los inválidos de guerra de los inválidos en el servicio, excluyendo en cualquier caso a los discapacitados por enfermedad. Otros aspectos a destacar son que extendió la cobertura a las fuerzas de orden público.

¹⁴ Puell de la Villa, F., «La protección de la discapacidad en los Ejércitos: una mirada retrospectiva», op. cit., p. 126. Ese mismo año se crearon sesenta plazas que pudieran ocupar soldados impedidos o en extremo ancianos (Viñes Millet, C., op. cit., p. 82).

¹⁵ Ruméu De Armas, A., *Historia de la Previsión Social en España*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, pp. 389-401.

¹⁶ Sobre estos montepíos pueden encontrarse más datos en De La Villa Gil, L.E., «La previsión social mutualista de los funcionarios públicos del Estado», *Revista de Administración Pública* 40, 1963, pp. 128-129, especialmente en las anotaciones a pie de página.

¹⁷ El 23 de marzo de 1717 se dicta una orden que habla de la formación de batallones de inválidos que habrían de estar compuestos por compañías. Se reguló igualmente el sueldo y retribución que percibirían. Cfr. web de ACIME: <http://www.acime.es/index.php/asociacion/historia/cuerpo-de-invalidos>; Viñes Millet, C., «El Cuerpo de Inválidos y su organización, en el contexto de la Reforma del Ejército del siglo XVIII», *Revista de Historia Militar* 52, 1982, pp. 79-116.

¹⁸ Real Decreto de 6 de febrero de 1929, dictando bases para la reorganización del Cuerpo de Inválidos. In extenso, vid. Puell de la Villa, F., *Historia de la Protección Social Militar en España (1265-1978)*, cit. pp. 185 y ss.

Con la II República se reabrió el debate sobre la adecuación de esta institución al momento histórico, concluyéndose que era una figura que respondía a «planteamientos decimonónicos, cuando no dieciochescos, y reclamaba una reforma tan profunda como la realizada en tiempos de Primo de Rivera»¹⁹. Y se optó por extinguir el Cuerpo, lo que ocurrió por Ley de 15 de septiembre de 1932. Sin embargo, las consecuencias de la Guerra Civil hicieron necesario volver a retomar un cuerpo de estas características. En enero de 1937 se creó la Dirección de Mutilados, a la que se encargó organizar el llamado Benemérito Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria, a los que reconoció el derecho a percibir indemnizaciones y pensiones en función de su minusvalía. Se mantuvo en esencia con esa estructura hasta 1976, que tuvo lugar una reforma simbólica, consistente en incorporar a los militares y excombatientes republicanos.

El final de este Cuerpo tiene lugar en 1985, al cerrarse la puerta a nuevas incorporaciones, aunque se mantendría para los lesionados antes de 1 de enero de 1985. Este periodo de transición se mantendría hasta 1989, año en el que quedó definitivamente suprimido. Todos sus componentes, excepto los oficiales generales, debían pasar a situación de retirado. Se ponía fin a la integración laboral que había servido durante décadas en nuestras Fuerzas Armadas, ayudando al reconocimiento moral de los damnificados en acto de servicio.

En los últimos años se está produciendo un giro importante. Se ha avanzado considerablemente, aunque queda mucho por recorrer. El impulso, formalmente, ha venido por los instrumentos internacionales en materia de discapacidad. No obstante, muchos de esos derechos globales de las personas con discapacidad no encajan en el derecho a la reparación, dando lugar a intentos baldíos de construir la integración laboral de los militares discapacitados en base al derecho de la discapacidad. Ese derecho debe ser un apoyo, pero no la base fundamental. Realmente, los pilares están en el derecho a la reparación (y en el derecho internacional humanitario).

1.2. EL DERECHO DE REPARACIÓN

El que una persona asuma una profesión en la que hay inherentes unos riesgos, no puede implicar que no corresponda una compensación en caso de que ese potencial riesgo se actualice y sufra unos daños. El Estado no

¹⁹ Puell de la Villa, F., *Historia de la Protección Social Militar en España (1265-1978)*, cit. p. 193.

puede desresponsabilizarse. Al contrario, es a los servidores públicos que entregan su integridad y hasta la vida a los que debe prestarles una atención y protección especialmente intensas.

La noción de reparación para los miembros de las Fuerzas Armadas «entronca con los principios más elementales de justicia»²⁰, y se liga al llamado derecho de Ginebra, que tuvo como una de sus manifestaciones más conocidas la creación de la Cruz Roja, y que de forma amplia conforman el derecho internacional humanitario²¹.

También hay que estar a la concepción «ciudadano de uniforme», conforme a la cual hay que armonizar el cumplimiento del deber con el mantenimiento de los derechos y libertades de los militares en el marco de un orden democrático. En esta línea, se aprobó el Código de Conducta de la OSCE sobre Aspectos Político-Militares de Seguridad, aprobado en 1994 y en vigor desde 1995²²; en 2008 se publicó un *Manual sobre derechos humanos y libertades fundamentales sobre el personal de las Fuerzas Armadas*, en el que se desarrolla este enfoque de los derechos humanos y fuerzas armadas, y la noción de «ciudadano en uniforme»²³.

Pues bien, partiendo de este marco teórico, hay que entender que «cuando el ciudadano de uniforme adquiere una discapacidad, mantiene intactos no solo los derechos humanos que le asisten como tal, sino también toda una serie de capacidades, valores y competencias que la sociedad no se puede permitir desaprovechar y que los Estados están obligados a proteger, promover y garantizar en un ejercicio de responsabilidad para con ellos»²⁴.

²⁰ Muñoz Escandell, I., «Obligación y responsabilidad estatal de proteger los derechos humanos de los miembros de las Fuerzas Armadas. El derecho de reparación», en Medina Torres y González-Badía Fraga (coords.), *Apuntes y reflexiones sobre discapacidad militar*, cit., p. 76.

²¹ Hay que estar a los Convenios de Ginebra de 1949: I Convenio para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; II Convenio para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; III Convenio relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; IV Convenio relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra; artículo 3, común a los cuatro Convenios de Ginebra, que supuso un gran paso al abarcar los conflictos armados no internacionales. Vid. <https://www.icrc.org/spa/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/overview-geneva-conventions.htm>

²² Sobre estas dos ideas, Muñoz Escandell, I., «Obligación y responsabilidad estatal de proteger los derechos humanos de los miembros de las Fuerzas Armadas. El derecho de reparación», op. cit., pp. 79 y 78.

²³ Leig, I. y Born, H., *Handbook on Human Rights and Fundamental Freedoms of Armed Forces Personnel*, OSCE, 2008. Para su consulta en inglés, <http://www.osce.org/odihr/31393>. Traducido al español, *Manual sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales sobre el Personal de las Fuerzas Armadas*. <http://www.dcaf.ch/Publications/Handbook-on-Human-Rights-and-Fundamental-Freedoms-of-Armed-Forces-Personnel>.

²⁴ Muñoz Escandell, I., «Obligación y responsabilidad estatal de proteger los derechos humanos de los miembros de las Fuerzas Armadas. El derecho de reparación», op. cit., p. 82.

Por tanto, los militares con discapacidad sumarán dos tipos de estatus. El que como ciudadano con discapacidad les correspondería, lo que en determinadas ocasiones se lleva a cabo simplemente con una traslación de mecanismos de protección comunes al ámbito militar²⁵. Y uno extra, derivado de la protección que les debe el Estado por su responsabilidad para con ellos, que se concretará en un derecho de reparación integral. Este plus de cobertura no implica un trato discriminatorio respecto de las demás personas con discapacidad, sino que —tal como reconoce la OSCE— el que todos los Estados concedan ciertos derechos sociales y económicos al personal de las fuerzas armadas que difieran de los concedidos a otros empleados públicos o civiles «es debido al hecho de que la profesión militar está sujeta a riesgos y demandas específicos que tienen un impacto en la salud y seguridad de los militares»²⁶.

Esta reparación integral conllevará²⁷:

– El reconocimiento de los servicios prestados, lo que versaría sobre recompensas y ascensos honorarios.

– La rehabilitación, tema que incluiría la atención integral de la persona con discapacidad, lo que abarca desde la asistencia sanitaria a la atención psicológica, pasando por la jurídica y la social.

– La *restitutio in integrum*, lo que en este ámbito significaría la re-colocación del militar discapacitado en alguna unidad compatible con su nuevo estado, siempre que fuese posible

– La compensación económica, distinta según la causa y grado de incapacidad, pero que podría incluir desde indemnizaciones por daños y perjuicios hasta las habituales pensiones de retiro (sistema de clases pasivas) o incapacidad permanente (Régimen General de la Seguridad Social), pensiones ordinarias y extraordinarias, de forma que si el importe trata de compensar el sacrificio derivado del acto de servicio, debe hacerse efec-

²⁵ Así, un ejemplo lo encontramos en el respeto que las FAS deben tener de los derechos reconocidos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y su Inclusión Social, de 29 de noviembre de 2013. En este sentido, Cabra de Luna, M. A., «Grado de Transversalidad de la Convención en el Derecho Militar», en Medina Torres y González-Badía Fraga (coords.), *Apuntes y reflexiones sobre discapacidad militar*, cit., pp. 18 y 19.

²⁶ Leig, I. y Born, H., *Manual sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales sobre el Personal de las Fuerzas Armadas*, cit., p. 227.

²⁷ En esta línea, Muñoz Escandell, I., «Obligación y responsabilidad estatal de proteger los derechos humanos de los miembros de las Fuerzas Armadas. El derecho de reparación», op. cit., p. 84.

tivo ese reconocimiento económico (cosa que, como veremos *supra*, no ocurre en la actualidad).

El no reconocimiento de estos derechos, el «abandono institucional»²⁸, conlleva un aumento innecesario del daño producido, lo que agrava el daño psicológico. El Estado es responsable como tal, y como empleador, sin que la asunción de esa responsabilidad implique culpa o negligencia.

Todas estas cuestiones que conforman el derecho a la reparación son las que pasaremos a analizar a continuación.

2. EL RECONOCIMIENTO Y APOYO A LA DISCAPACIDAD EN LAS FUERZAS ARMADAS

2.1. EL RECONOCIMIENTO HONORÍFICO POR LA PÉRDIDA DE CAPACIDAD EN ACTO DE SERVICIO

2.1.1. Recompensas

Según hemos visto, es de Justicia, e inherente a la filosofía de cualquier ejército, el reconocer a quienes han expuesto su integridad física en el cumplimiento de su deber, y a resultas de ello han sufrido algún tipo de daño o incluso han perdido la vida.

Tradicionalmente, nuestro ordenamiento ha limitado este reconocimiento honorífico a la concesión de determinadas recompensas, en forma de cruces, medallas y menciones. En la actualidad, se regula en el RD 1040/2003, de 1 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de Recompensas Militares²⁹. Estas recompensas no contemplan específicamente como determinantes de las mismas la pérdida de capacidad por acto de servicio, sino que genéricamente premian la realización de acciones, hechos o servicios que impliquen reconocido valor militar, o porque sean de destacado mérito o importancia para las Fuerzas Armadas, así como para la defensa nacional. Obviamente, habrá supuestos en los que como consecuencia de tales servicios resulte una incapacidad, pero no procede por haber sufrido una incapacidad, a diferencia de lo que ocurre con el fa-

²⁸ Ídem, p. 86.

²⁹ La Ley 17/1999, de 18 de mayo, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, suprimió la tradicional clasificación que diferenciaba las recompensas en dos categorías: de guerra y de paz, optando por una lista cerrada de las recompensas militares. En su desarrollo se dictó el RD 1040/2003 (modificado por el RD 20/2013, de 18 de enero).

llecimiento en acto de servicio, que sí es un hecho contemplado de forma específica.

Su contenido es básicamente honorífico, y no puede implicar un ascenso, como expresamente previene la disposición final primera, apartado 4, de la Ley 17/1999³⁰, señalando que no podrán otorgarse avances en el orden de escalafón o ascensos como recompensa (a diferencia de lo que ocurrió en otro momento histórico)³¹.

2.1.2. Empleos superiores con carácter honorífico

Esta imposibilidad de recurrir al ascenso honorífico como recompensa se corrigió levemente con la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, al desvincular el ascenso honorífico de la recompensa, ligándolo al retiro (o resolución del compromiso y fallecimiento). Así, en su artículo 24 se contempla una novedosa figura: empleo inmediato superior con carácter honorífico, sin beneficio económico ni efectos en orden a derechos pasivos³². Es una vía que ha sido utilizada en medio centenar de ocasiones de 2012 a 2015³³.

Junto a ella, desde 2015 se prevé otra fórmula, para determinados militares de carrera retirados por insuficiencia de condiciones psicofísicas, pero mucho más limitada subjetivamente. Vemos ambas posibilidades.

A. Empleo inmediato con carácter honorífico

El artículo 24 de la Ley 39/2007 posibilita que los militares retirados o que resuelvan su compromiso obtengan, con carácter honorífico, el empleo inmediato superior. Esta opción era ejercitable desde 2008³⁴, aunque los términos en los que originariamente se configuró esta figura eran demasiado estrechos, cuestión que se ha corregido con la Ley 46/2015, de 14 de octubre.

³⁰ En el mismo sentido, disposición adicional segunda RD 1040/2003.

³¹ Cfr. Ley 52/1969, de 26 de abril, sobre la concesión del empleo superior al personal del Benemérito Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria que, estando en posesión de la Medalla Militar, Naval o Aérea individual o siendo Caballeros Laureados de la Orden de San Fernando, alcance la edad de retiro.

³² Artículo 24.3 Ley 39/2007, de 19 de noviembre.

³³ En total 50 personas, a diciembre de 2015. Así: 28 por RD 973/2012, de 22 de junio; 7 por RD 484/2013, de 21 de junio; 11 por RD 501/2014, de 13 de junio; 4 por RD 509/2015, de 12 de junio.

³⁴ Año de entrada en vigor de la Ley 39/2007, conforme su disposición final duodécima.

Este precepto enuncia dos supuestos: uno general (apartado primero), en el que puede proceder la promoción a un empleo superior si hay propuesta favorable, y uno especial (apartado segundo), en el que procederá siempre, salvo que haya propuesta desfavorable. Lo hace con cierta asistemática, ya que el supuesto especial se enuncia a propósito del procedimiento en el párrafo segundo, lo cual puede dar lugar a interpretaciones restrictivas en las que se considere que hay un único supuesto. Veámoslos:

a) Supuesto general. 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)³⁵, pudiendo concederse también a título póstumo.

Como se comprueba, se caracteriza por cuatro notas:

- No exigir que derive de acto de servicio.
- Hecho causante indeterminado: por méritos excepcionales o circunstancias especiales, sin que el retiro sea por insuficiencia de condiciones psicofísicas.
- Discrecionalidad en el inicio del procedimiento y en la concesión: puede promoverse o no. Y una vez iniciado, podrá o no concederse.
- Requiere propuesta favorable y motivada de los competentes para iniciar el procedimiento (Jefe del Estado Mayor de la Defensa —en adelante, JEMAD— o de los Jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire).

b) Supuesto especial. Se trata de una concreción del supuesto general, en el que se modalizan las características ordinarias:

- Se exige que derive de acto de servicio.
- Hecho causante determinado: muerte, retirados o que resuelvan el compromiso por incapacidad permanente para el servicio.
- Se iniciará «en todo caso» el expediente. Pero no solo se iniciará, sino que tras la Ley 46/2015 se indica que «se concederá».
- Se concederá siempre, salvo que haya una propuesta desfavorable, motivada en contra de la concesión de dicho empleo. En tal caso, será el ministro de Defensa el que acordará si procede o no elevarlo al Consejo de Ministros. Y es que no siempre una lesión o muerte en acto de servicio es acreedora de un reconocimiento, pues puede haber hechos que reflejen lo contrario.

³⁵ Añadido por Ley 46/2015, de 14 de octubre.

Con esta reforma de 2015 se han atendido las reivindicaciones del colectivo de militares con discapacidad (CERMI y ACIME)³⁶, que alertaban sobre que «de nada sirve abrir de oficio un expediente para la concesión de un ascenso honorífico a los fallecidos y heridos en acto de servicio cuando más tarde se les están aplicando las consideraciones generales de “especiales circunstancias” dirigidas a todos los retirados, sin otorgar a esa discapacidad sobrevenida, producida en acto de servicio o como consecuencia del mismo, el carácter de “especial circunstancia”».

Consideramos que dicha interpretación tampoco tenía cabida antes de la reforma. La norma indicaba que con carácter general había que motivar que concurrirían especiales circunstancias (art. 24.1). Pero había un supuesto en el que no era necesario acreditarlas, sino que ya la propia norma entendía que eran especiales circunstancias el sufrir un acto de servicio, por lo que en tales casos se iniciaba de oficio. En palabras de Díaz Corvera, en este supuesto, «la circunstancia o el mérito está en la reparación en virtud del resultado producido en acto de servicio independientemente de las circunstancias concurrentes en la víctima que no sea otra que el haber fallecido o haber sido retirado por incapacidad permanente para el servicio»³⁷. Es decir, busca una reparación moral por el acto de servicio, sin que se admita una interpretación restrictiva, entendiendo que además del acto de servicio hay que probar las especiales circunstancias. El acto de servicio ya es en sí una circunstancia especial.

La novedad introducida por la Ley 46/2015, de 14 de octubre, ha sido, en consecuencia, el que en caso de incapacidad permanente por acto de servicio no solo se inicia de oficio el expediente de empleo honorífico, sino que se concederá siempre (salvo supuestos motivados). Otra segunda novedad es que no limita el ascenso a casos de retiro, sino también resolución de compromiso, lo cual es de extraordinaria relevancia, ya que abre la puerta de este reconocimiento a los militares con una relación de

³⁶ <http://www.cermi.es/es-ES/Novidades/Paginas/Inicio.aspx?TSMEIdPub=1816>. Asumiendo la misma justificación, en la tramitación parlamentaria se presentaron enmiendas por el grupo parlamentario de La Izquierda Plural (Enmienda núm. 9), y Grupo Popular (Enmienda núm. 71), en la que solicitaban la adición de la expresión «y se concederá». También la propuso, justificándolo en mejora técnica, el grupo parlamentario de Unión Progreso y Democracia (Enmienda núm. 31) (Boletín Oficial de las Cortes Generales, 13 de abril de 2015).

³⁷ Díaz Corvera, F., «La discapacidad en las Fuerzas Armadas», en Medina Torres y González-Badía Fraga (coords.), *Apuntes y reflexiones sobre discapacidad militar*. Actas del IV Seminario Internacional sobre Discapacidad Militar, Universidad de Granada - Mando de Adiestramiento y Doctrina (MADOC), Granada, 2014, p. 213.

servicios profesionales de carácter temporal que finalicen y resuelvan su compromiso³⁸.

B. Empleo honorífico a determinados militares retirados

Junto con esta vía de ascenso honorífico se contempla otra para algunos militares de carrera que estuvieran retirados por insuficiencia de condiciones psicofísicas a partir de 2008. Se regula en la disposición transitoria decimotercera, con unas reglas similares a las previstas para los ascensos de militares que están en la reserva, pero sin que tenga efectos económicos (ni directa ni indirectamente, al no modificarse tampoco la pensión de retiro que perciba).

A diferencia del supuesto previsto en el artículo 24 (empleos inmediatos honoríficos), su ámbito subjetivo es mucho más restrictivo, ya que solo se prevé para determinados oficiales y para algunos suboficiales³⁹. No se exige que derive de acto de servicio, aunque el tiempo requerido en el empleo será distinto⁴⁰. En todos los casos, el procedimiento deberá iniciarse a instancia de parte.

2.2. EL PLAN INTEGRAL DE APOYO A LA DISCAPACIDAD EN LAS FUERZAS ARMADAS

El 30 de julio de 2015, la subsecretaria de Defensa, D.^a Irene Domínguez-Alcahud Martín-Peña, aprobó el Plan integral de apoyo a la discapacidad en las Fuerzas Armadas, publicado en el BOD el 22 de septiembre de 2015 como anexo a la Resolución 430/12509/15, de 9 de septiembre, de la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa.

Este documento sienta la hoja de ruta de las diversas actuaciones que pueden realizarse desde el Ministerio de Defensa para la promoción de los derechos de las personas con discapacidad dentro de las FAS, con el objetivo general de «garantizar la igualdad de oportunidades e integración del personal militar con discapacidad dentro de las Fuerzas Armadas» (perso-

³⁸ En los términos previstos en el artículo 10.2 de la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería; y el artículo 118 de la Ley 39/2007, de la Carrera Militar.

³⁹ Tenientes coroneles, comandantes y capitanes; o suboficiales que obtuviesen el empleo de sargento de 1977 a 20 de mayo de 1999.

⁴⁰ a) Diez años en el empleo, antes del 30 de junio de 2019 (computando tiempo en servicio activo, reserva, en su caso, y retiro), si deriva de acto de servicio; b) Veinte años desde la adquisición de la condición de militar profesional, si no derivase de acto de servicio.

nal en activo, en la reserva, con vinculación por especiales circunstancias, o retirado/cesado si fuera por insuficiencia de condiciones psicofísicas)⁴¹.

Se enuncian ocho objetivos específicos, que pueden sistematizarse en cuatro grupos:

a) Medidas a llevar a cabo por las FAS y otras Administraciones:

– Mejorar la accesibilidad: valorando si las infraestructuras cuentan con los suficientes elementos de acondicionamiento y que, por tanto, no supongan una barrera ambiental para el personal con discapacidad en sus desplazamientos por las unidades, centros u organismos.

– Mejorar el acceso a la información: potenciando el acceso a la difusión de la normativa relacionada con la discapacidad.

b) Visibilidad y reconocimientos:

– Concienciar y sensibilizar: logrando una mayor visibilidad y sensibilidad del tratamiento adecuado de la discapacidad en el ámbito de las FAS.

– Efectuar un reconocimiento institucional público de la discapacidad: potenciando acciones tendentes a reconocer de manera pública y notoria el valor, la constancia y la superación personal de las personas con discapacidad en el ámbito de las FAS.

c) Integración laboral:

– Participar en la recuperación física y psicológica mediante la elaboración de planes de actuación, prestando asistencia individualizada en la recuperación plena del personal con discapacidad.

– Promover el adecuado desarrollo de la actividad profesional, con dos objetivos: por una parte, facilitar la reorientación de la carrera profesional si hay limitación para ocupar determinados destinos; por otra, favorecer el acceso a la formación previa y a puestos de trabajo en el sector civil.

⁴¹ En el punto 5 del Plan se enumeran quiénes son los destinatarios del Plan, recogiendo cuatro categorías, debiendo en todo caso ser personal militar que tenga reconocida y/o acreditada por los organismos competentes una discapacidad igual o superior al 33%: a) Militares en servicio activo; b) Militares en reserva; c) Personal que se encuentre adscrito a unidades del Ministerio de Defensa en especiales circunstancias; y d) Personal que haya cesado en su relación de servicios profesionales con las Fuerzas Armadas, bien pasando a retiro o causando baja, cuando ambas situaciones sean consecuencia de una insuficiencia de condiciones psicofísicas.

d) Mejora de su ocio y formación cultural:

- Potenciar el acceso a la cultura, a través de posibles convenios a realizar con entidades públicas y privadas, para que el personal militar con discapacidad pueda disfrutar de mayores beneficios en el ámbito de la cultura.
- Potenciar las actividades de ocio del personal militar con discapacidad.

Para cumplir estos objetivos, el Plan fija cuatro grandes líneas de actuación. Por un lado, dotarse de un organismo especializado en la materia, dentro del organigrama administrativo del Ministerio de Defensa. En segundo lugar, actuar legislativamente de forma transversal. En tercer lugar, actuaciones divulgativas. Y por último, actuaciones formativas del personal de las FAS.

Así, respecto del organismo especializado, es la Oficina de Atención a la Discapacidad en las Fuerzas Armadas, dependiente orgánica y funcionalmente de la División del Servicio de Apoyo al Personal, integrada en la Dirección General de Personal. Se le atribuye un catálogo de funciones muy diverso y amplio, de carácter transversal. Se ha creado por Orden DEF/83/2016, de 25 de enero, por la que se crea la Oficina de Atención a la Discapacidad en las Fuerzas Armadas.

En segundo lugar, actuaciones normativas, que se orientan en dos líneas. Una general, que es garantizar que las memorias que acompañen a los anteproyectos de ley y proyectos de reglamento (en esta materia) incluyan el preceptivo análisis del impacto de la norma en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, cuando dicho impacto sea relevante⁴². Y otra específica, y es determinar los contenidos mínimos que han de tener los protocolos de integración que deberán establecerse en las unidades, centros y organismos (protocolos que serán elaborados por la Oficina de Atención a la Discapacidad).

La tercera pata de este Plan se autocalifica de carácter «divulgativo», comprendiendo una campaña de sensibilización y divulgación con una doble dimensión de comunicación interna y externa, para dar a conocer el modelo de integración de la discapacidad en las FAS.

⁴² Tal y como obliga la disposición adicional quinta en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Por último, actuaciones de tipo formativo, para el conjunto de los miembros de las FAS, pero también para el personal con discapacidad, a través de planes de formación específica que puedan facilitar su desarrollo profesional, «en consonancia con la normativa internacional de referencia: la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad y el Derecho Internacional Humanitario».

3. INTEGRACIÓN LABORAL DEL PERSONAL MILITAR DISCAPACITADO

3.1. CONSIDERACIONES GENERALES

Analizar el impacto de la discapacidad en el empleo y en la inclusión laboral del personal militar exige partir de que nos estamos moviendo en un ámbito cuyas reglas en esta materia son diametralmente distintas de las habituales del empleado público. Así, en este último ámbito, hablar de medidas para la inclusión social de personas con discapacidad es una cuestión que suele conducir especialmente a las reglas que buscan incrementar la tasa de empleo de dicho colectivo; y en menor medida la adaptación del puesto durante el desarrollo de la actividad profesional. Sin embargo, en el caso del personal militar, esta preocupación no es que se invierta, sino que es inexistente en el acceso al empleo, y solo excepcional en lo relativo al mantenimiento dentro de las FAS del empleado que de manera sobrevenida sufre una discapacidad⁴³.

La normativa española no contempla de forma decidida el derecho del personal militar que sufra una discapacidad sobrevenida al mantenimiento de la actividad dentro de las FAS, con la adaptación al puesto que corresponda. Sí se prevé, pero como una posibilidad (desde 2007), no como un derecho. Lo que sí se recoge de forma más decidida (sobre todo desde 2015) es la vinculación honorífica. Junto a estas dos vías de mantenimiento del vínculo, hay una tercera que realmente no entra dentro de la política de inclusión laboral, que sería el ascenso con carácter honorífico, ya estudiado anteriormente en relación con el reconocimiento de la incapacidad derivada de acto de servicio.

⁴³ Maldonado Molina, J. A., «Recolocación de militares con discapacidad en las Fuerzas Armadas. Análisis del marco jurídico», en Medina Torres y González-Badía Fraga (coords.), *Apuntes y reflexiones sobre discapacidad militar. Actas del IV Seminario Internacional sobre Discapacidad Militar*, Universidad de Granada - Mando de Adiestramiento y Doctrina (MADOC), Granada, 2014, p. 185.

3.2. LA RECOLOCACIÓN DE LOS MILITARES CON DISCAPACIDAD

La Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, distingue dos tipos de insuficiencia de condiciones físicas resultantes del expediente de aptitud psicofísica: insuficiencia reversible e insuficiencia presumiblemente definitiva o de larga duración (más de doce o seis meses, según estemos, respectivamente, ante militar de carrera o temporal)⁴⁴, que es la que nos ocupa.

Pues bien, en caso de sufrir una insuficiencia de condiciones de carácter definitivo, se procederá a cesar al afectado de su destino (art. 121.2) y mantendrá la misma situación administrativa hasta la finalización del referido expediente. Esta insuficiencia puede ser de un doble alcance: bien para ocupar determinados destinos, bien para cualquier destino. Según nos encontremos en uno u otro supuesto, las medidas de integración laboral son distintas. Coincidente con esta estrategia, el Plan integral de apoyo a la discapacidad en las Fuerzas Armadas de 2015, dentro de sus objetivos específicos, incluye el «promover el adecuado desarrollo de la actividad profesional», para lo que se contempla una doble línea de actuación:

- Por un lado, facilitar la reorientación de la carrera profesional en el caso del personal militar con discapacidad que permanece en las FAS con limitación para ocupar determinados destinos.
- Por otro, favorecer el acceso a la formación previa y a puestos de trabajo en el sector civil para aquellos militares que como consecuencia de su discapacidad han pasado a retiro o han causado baja en las FAS.

En consecuencia, debemos diferenciar tres posibilidades: reasignación de destino, vinculación honorífica e incorporación fuera de las FAS.

3.2.1. Insuficiencia para determinados destinos: reasignación de destino

El artículo 120 de la Ley 39/2007 señala que podrá iniciarse un expediente para determinar si existe insuficiencia de condiciones psicofísicas, a efectos de la limitación para ocupar determinados destinos según las exi-

⁴⁴ Artículos 121.2 y 3 Ley 39/2007, respectivamente. Téngase en cuenta la precisión introducida por la Ley 46/2015, señalando que en orden a estos plazos, se computarán los periodos de recaída, entendida que existe cuando el afectado cause baja para el servicio nuevamente en un plazo inferior a seis meses y sea consecuencia del mismo proceso patológico, y que, por tanto, no se inicia un nuevo periodo de insuficiencia temporal (art. 121.4 Ley 39/2007).

gencias que figuren en las relaciones de puestos de militares. En tales casos, se les garantizará el principio de igualdad de trato en los destinos a los que puedan acceder. El artículo finaliza señalando que reglamentariamente se establecerán los medios y procedimientos para que puedan seguir desarrollando su carrera militar, reorientando, en su caso, su perfil profesional con la enseñanza de perfeccionamiento que sea necesaria y adecuada, y que en la configuración de las condiciones y métodos de trabajo en los destinos a los que tengan acceso, se adoptarán las medidas que permitan la eliminación de toda discriminación o desventaja.

En este mismo sentido, la LO 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, contempla dos supuestos: uno en el que busca recolocar al militar en otro destino, y otro el que lo sitúa fuera del ámbito castrense. Respecto del primero (que es el que sistemáticamente nos interesa ahora), hay que estar al artículo 20, un precepto «misceláneo», en el que de forma secundaria (bajo el devaluado calificativo de «otros derechos») contempla la asignación del personal dentro de las FAS (recolocación⁴⁵). En efecto, bajo la rúbrica «Información, cometidos y otros derechos», se limita a indicar que: «al militar que se le reconozca una incapacidad que conlleve una limitación para ocupar determinados destinos, se le garantizará el principio de igualdad de trato en los destinos a los que pueda acceder» (núm. 4).

3.2.2. Insuficiencia para todos los destinos: vinculación honorífica

Si lo solicita, mantendrá una especial vinculación con las FAS mediante su adscripción a la unidad militar que elija, previa conformidad del Mando o Jefatura de Personal del Ejército correspondiente, y podrá asistir a los actos y ceremonias militares en los que esta participe (arts. 115 y 121.4, Ley 39/2007), pero como militares retirados. Se posibilita un puesto testimonial, pero solo si la insuficiencia de condiciones psicofísicas es ocasionada en acto de servicio.

En desarrollo de esta medida, y solo para militares ya cesados en su relación con las FAS, se dictó la Orden Ministerial 16/2012, de 14 de marzo, por la que se regula la adscripción de personal militar a unidades del Ministerio de Defensa en especiales circunstancias⁴⁶. Es una Orden cuyo

⁴⁵ Maldonado Molina, J. A., «Recolocación de militares con discapacidad en las Fuerzas Armadas. Análisis del marco jurídico», op. cit., p. 186.

⁴⁶ Boletín Oficial del Ministerio de Defensa (BOD) núm. 52, de 15 de marzo de 2012.

campo de aplicación es limitadísimo (y que se dictó con motivo de un caso singular)⁴⁷, ya que no solo es para el personal cesado por insuficiencia de condiciones físicas, sino que además se restringe al que perdiera la capacidad en acto de servicio, y no en cualquier acto de servicio, sino acto de servicio en el exterior y solo si hay una relación de causalidad directa⁴⁸. Para estos supuestos se permite que excepcionalmente ocupen tareas de apoyo administrativo, pedagógicas (en su caso, apoyo a la instrucción), culturales, relaciones institucionales, investigación y estudio (art. 1.2, Orden 16/2012), supuestos más amplios que los de la mera participación en actos protocolarios⁴⁹.

La Ley 46/2015, de 14 de octubre, ha modificado la Ley de la carrera militar en este extremo, añadiendo un precepto: el artículo 24 bis, intitulado «Vinculación honorífica con las Fuerzas Armadas», cuyo ámbito subjetivo es sustancialmente distinto del previsto en la Orden 16/2012, por lo que entendemos que no es de aplicación desde su entrada en vigor (ni lo relativo al procedimiento ni las funciones a desarrollar).

Conforme al mismo, la vinculación honorífica con las FAS requiere de tres circunstancias:

- a) Que el retiro o resolución del compromiso se deba a incapacidad permanente.
- b) Que dicha incapacidad se haya producido en acto de servicio o como consecuencia del mismo.
- c) Que concurren «especiales circunstancias».

Esta última exigencia es la más ambigua y compleja, al estar indeterminada. No obstante, el número 2 del precepto prevé que por orden del ministro de Defensa «se determinarán las especiales circunstancias mencio-

⁴⁷ El origen de esta norma podría situarse en el caso de un teniente que sufrió una amputación en un ataque en Afganistán (Ludina, junio de 2011), y que tras su recuperación mostró en numerosas ocasiones su voluntad de reincorporarse al Regimiento de Infantería Soria 9 (incluso en la prensa, con el consiguiente efecto mediático), cosa que gracias a esta Orden finalmente conseguiría, ya como capitán.

⁴⁸ Su artículo 2 solo lo contempla para cuando la insuficiencia de condiciones físicas esté ocasionada en alguna de las cuatro circunstancias siguientes: a) En un acto de servicio en relación de causalidad directa con una acción encomendada en el seno de una operación militar en el exterior; b) Preservando la seguridad y el bienestar de los ciudadanos en situaciones de emergencia, grave riesgo o catástrofe; c) En otras circunstancias excepcionales; d) Como consecuencia de acto terrorista.

⁴⁹ Cfr. Instrucción 65/2009, de 20 de octubre, de la Subsecretaría de Defensa, por la que se regula la adscripción del personal militar a unidades de las Fuerzas Armadas, estableciendo su procedimiento de vinculación a unidades, centros y organismos militares.

nadas». Hasta que se dicte dicha orden, nos encontramos con un concepto jurídico indeterminado.

En cuanto a los efectos de dicha vinculación honorífica, son dos:

- Por un lado, la adscripción del interesado a la unidad que se determine.
- Por otro (si procede), la concesión de sucesivos empleos con carácter honorífico con los límites y en las condiciones que, en función de su participación y colaboración con la unidad de adscripción, se establezcan por orden del ministro de Defensa.

En ningún caso (al igual que vimos que sucedía con los ascensos honoríficos del artículo 24) tendrá efecto económico alguno, ni supondrá modificación de la pensión que como retirado perciba el interesado.

Respecto al procedimiento, a diferencia de los ascensos honoríficos, este se inicia a instancia de parte, y la concesión corresponde al ministro de Defensa. Ahora bien, a la hora de fijar el primer empleo honorífico, la Ley se remite al procedimiento previsto para los ascensos honoríficos, por lo que la propuesta de empleo honorífico debe partir del ministro de Defensa, y la concesión estará a cargo del Consejo de Ministros. Para los sucesivos empleos, el procedimiento se simplifica, y la iniciativa partirá del JEMAD y de los Jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, concediéndolo el ministro de Defensa.

3.2.3. Programas de incorporación fuera de las FAS

La LO 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, avanza algo más, pero insuficientemente, al prever no solo la reincorporación en otros destinos si la insuficiencia es para un destino, sino que trata de abrirles las puertas en otros empleos (públicos o privados), pero sin que se haga un reconocimiento de derechos. Simplemente se recoge un principio de actuación, un mandato, al Ministerio de Defensa.

Esta vía se prevé en el artículo 32 (titulado «Acciones complementarias»), que señala: «se ofrecerán a los miembros de las Fuerzas Armadas programas de incorporación a otros ámbitos laborales acordes con su empleo, titulaciones, años de servicio e intereses profesionales. Dichos programas se implantarán por el Ministerio de Defensa en colaboración con

las distintas Administraciones Públicas y con el sector privado y se desarrollarán durante la vida activa del militar» (núm. 3).

3.3. CONDICIONANTES A LA VISTA DEL DERECHO SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

El artículo 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea indica que «la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad»⁵⁰.

Su concreción en materia de empleo es la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que tiene por objeto luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual. Pues bien, contempla excepciones a esta regla general de prohibición de discriminación. Se admiten diferencias de trato bien cuando lo requiera la naturaleza del puesto o las condiciones en las que se ejerce el empleo, bien cuando exista una justificación objetiva y sean apropiadas y necesarias para la consecución de objetivos legítimos. En concreto, son cuatro los considerandos que admiten estas excepciones ligadas a las FAS, dos de manera directa (18 y 19) y dos de manera genérica (17 y 24).

Así, la Directiva parte de un criterio de razonabilidad, tanto para exigir un trato igual como para eximir de dicho tratamiento igualatorio, admitiendo excepciones. Pero con ese mismo criterio, las excepciones deben ser eso: excepciones. Ello hace que solo puedan regir «en muy contadas circunstancias» (considerando 24), cuando se trate de servicios operativos en los que la capacidad sea relevante (considerando 18) o fundamental en las tareas de que se trate (considerando 17), en los que tal capacidad sea un requisito profesional esencial y determinante (considerando 24 y art. 4.1), quedando en todo caso a la decisión última de la legislación nacional (considerando 19

⁵⁰ Como concordancias de este precepto hay que referirse al artículo 21 de la misma Carta, que prohíbe toda discriminación por razón de discapacidad; y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que estipula que la Unión, en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, tratará de luchar contra toda discriminación por razón de discapacidad (artículo 10) y que podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivo de discapacidad (artículo 19). Un análisis completo del mismo, en Monereo Pérez, J. L. y Maldonado Molina, J. A., «Comentario al artículo 26. Integración de las Personas Discapacitadas», en VV. AA., *La Europa de los derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2012, pp. 573 y ss.

y art. 3.4), y todo ello «sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad» (considerando 17).

En definitiva, solo se admitirá discriminación por capacidad cuando dicha capacidad sea fundamental para el buen desempeño del puesto, y siempre que previamente se hayan realizado los ajustes razonables para las personas con discapacidad⁵¹. Y como toda regla limitativa de derechos, debe interpretarse restrictivamente⁵².

Fuera del ámbito de la UE, habría que referirse a la protección que el Consejo de Europa realiza en el campo de la discapacidad en general. Por razones de espacio no entraremos en la Carta Social Europea, pero no podemos dejar de aludir a una sentencia que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó en 2009 en la que, a propósito de la exclusión absoluta para el servicio militar de las personas discapacitadas en Suiza, cuestiona el que toda discapacidad sea incompatible con la condición de militar, sugiriendo que podría admitirse a personas con discapacidad «para puestos adaptados a su grado de discapacidad y su competencia profesional»⁵³.

3.4. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: CUESTIONES A RECONSIDERAR

Llegado a este punto, comprobamos cómo el derecho comunitario admite la discriminación por capacidad en caso de las FAS, pero esta discriminación debe tener un carácter excepcional: solo si así lo decide el país y justificando el ámbito que limita; solo si dicha capacidad sea fundamental para el buen desempeño del puesto; y siempre que previamente se hayan realizado los ajustes razonables para las personas con discapacidad.

⁵¹ Así, el artículo 5 de la Directiva (bajo la rúbrica «Ajustes razonables para las personas con discapacidad») reconoce que «a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables». Esto significa que los empleadores tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidad mantenerse en el empleo o progresar profesionalmente, salvo que estas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva «cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades».

⁵² Según el artículo 2, párrafo cuarto, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, «por “ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales».

⁵³ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de abril de 2009, caso *Glor contra Suiza*.

Y como toda regla limitativa de derechos, debe interpretarse restrictivamente. No se admite una exclusión total, sino solo para los puestos operativos que requieran una plena capacidad. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de forma expresa, ha planteado la irracionalidad de que no se admita en las Fuerzas Armadas a personas que tengan una discapacidad que sea compatible con el servicio en determinados puestos.

En definitiva, hay base jurídica para defender la presencia de personas con discapacidad en las FAS (aunque no en todas las unidades), debiendo reconocerse sus derechos tanto en el acceso como en su recolocación a destinos en los que su capacidad fuera suficiente para el buen desempeño del trabajo⁵⁴.

Sin embargo, es cierto que no toda discapacidad despierta la misma preocupación dentro de las FAS, sino aquella que es sobrevenida, y en concreto se ocasiona en acto de servicio.

Ello requiere reconsiderar si las medidas de recolocación dentro de las FAS de los militares que han sufrido una discapacidad en acto de servicio deben enfocarse desde el prisma de la inclusión laboral de los discapacitados, o estamos hablando de otra cosa. Es decir, se trata de reflexionar si debe primar la atención a la discapacidad dentro de las FAS o si debe darse un trato diferencial al personal militar que de forma sobrevenida sufre una discapacidad (y dentro de los militares, aquellos cuya discapacidad se origina en acto de servicio o fuera del mismo).

Si se admite un trato diferencial entre discapacitados en general y militares con discapacidad sobrevenida, ese trato diferencial debe asentarse en una institución jurídica distinta de la protección a la discapacidad. Si el bien jurídico protegido es la discapacidad, esta debe atenderse dentro de las FAS en igual medida para el acceso (reservando un cupo, con las limitaciones ya vistas en las unidades que requieren una especial capacidad física) como para el mantenimiento.

Pero si nos quedamos en ese nivel, además de tener que sortear las limitaciones al principio de igualdad que se admiten en la Directiva 2000/78, nos encontraríamos con que no se llegan a atender las inquietudes y demandas de justicia que se reclaman por parte de los veteranos que sufren una pérdida de capacidad en acto de servicio. Y es que simplemente recurrir a los mecanismos de atención a la discapacidad para dar respuesta a esos casos es errar la perspectiva.

En tales casos, el bien jurídico protegido no es la discapacidad, sino la «reparación» de los daños sufridos en acto de servicio. Este derecho a la

⁵⁴ Maldonado Molina, J. A., «Recolocación de militares con discapacidad en las Fuerzas Armadas. Análisis del marco jurídico», op. cit., pp. 195 y 196.

reparación solo tiene sentido en tales supuestos, ya que se compensan los daños acaecidos con ocasión del trabajo realizado: la inclusión laboral como parte de la reparación (no simplemente de la atención a la discapacidad). Aunque obviamente hay puntos en común, y es que en todo caso el camino a seguir es el mismo: evaluar las capacidades antes que las discapacidades⁵⁵.

4. LA INCAPACIDAD PERMANENTE DE LOS MIEMBROS DE LAS FAS. PLANTEAMIENTO GENERAL

La protección social de militares y guardias civiles con discapacidad presenta notables diferencias respecto del régimen previsto en la mayoría de los regímenes de la Seguridad Social, diferencias que derivan de su inclusión dentro de un régimen del mutualismo administrativo, y su cobertura dentro del Sistema de Clases Pasivas. Pero también tiene reglas específicas en relación con los otros dos regímenes mutualistas.

No es un régimen idéntico a los funcionarios civiles o los de Justicia, sino que contempla prestaciones específicas; en concreto, respecto de la cobertura de la discapacidad, tanto por parte del sistema de clases pasivas como por su propia mutualidad. Así, hay dos prestaciones que no prevén las otras mutualidades funcionariales:

– Dentro del sistema de clases pasivas, la pensión por inutilidad para el servicio prevista para los militares temporales en caso de incapacidad permanente para su profesión⁵⁶.

– Dentro del ISFAS, con la pensión complementaria por inutilidad de servicio, prevista para todos los militares y guardias civiles que sean beneficiarios de una pensión de retiro por incapacidad⁵⁷.

– La complejidad se incrementa porque además existe un régimen dispar entre militares temporales y militares con vínculo permanente, que se concreta fundamentalmente en tres elementos, que veremos con cierto detalle más adelante:

⁵⁵ Maldonado Molina, J. A., «Recolocación de militares con discapacidad en las Fuerzas Armadas. Análisis del marco jurídico», op. cit., p. 197.

⁵⁶ Prevista en el RD 1186/2001, de 2 de noviembre, por el que se regulan las pensiones e indemnizaciones del régimen de clases pasivas del Estado a los militares de complemento y a los militares profesionales de tropa y marinería y se aprueban los cuadros médicos para el reconocimiento de dichas prestaciones.

⁵⁷ Regulada en la sección 3.^a del capítulo V del RDL 1/2000, de 9 de junio, y su reglamento de desarrollo, aprobado por RD 1726/2007, de 21 de diciembre.

– La pensión por inutilidad para el servicio de los temporales se calcula según el grado de discapacidad, y no en función de los años de servicio, como ocurre con las pensiones por retiro por incapacidad (sistema más beneficioso, ya que a los permanentes les computan como cotizados los que resten hasta la jubilación).

– Esa misma pensión, si bien protege la enfermedad, exige que derive de «hechos», lo que ha sido interpretado de forma muy literal por las juntas médico-periciales, dando lugar a frecuentes denegaciones.

– Y para ellos, la pensión extraordinaria por acto de servicio, se limita a los supuestos de IPA.

Este cuadro protector cubre los mismos grados de discapacidad que se protegen con el Sistema de Seguridad (con otra denominación en alguna ocasión), salvo la incapacidad permanente parcial⁵⁸.

De todas las prestaciones, la única que no presenta ninguna particularidad, siendo exactamente igual que en los demás regímenes de la Seguridad Social, es la indemnización por lesiones permanentes no invalidantes, que deriva de acto de servicio (al igual que en los regímenes laborales deriva de contingencia profesional), motivo por el que no la trataremos (art. 84, RD 1726/2007)⁵⁹. Si analizaremos las demás. Comenzaremos por las contempladas en el Sistema de Clases Pasivas, finalizando en las complementarias a las mismas del ISFAS. Y por último veremos cómo queda el panorama prestacional tras la aprobación del RD 1083/2015, que modifica la cobertura de los que se incorporaron a partir de 2011 y su hecho causante tuviera lugar después del 12 de diciembre de 2015.

5. PENSIONES DEL SISTEMA DE CLASES PASIVAS DEL ESTADO

5.1. MARCO GENERAL

Como es sabido, dentro del ámbito subjetivo de las llamadas «clases pasivas» del Estado, la Ley de Clases Pasivas (en adelante, LCPE⁶⁰) incluye al personal militar y de la Guardia Civil, tanto si su compromiso es

⁵⁸ Hasta 1994 sí se contemplaba por el ISFAS, ahora se subsume dentro de las lesiones permanentes no invalidantes.

⁵⁹ Sobre ellas y su aplicación a los mutualistas del ISFAS, vid. Blasco Lahoz, J. F., *Las prestaciones del Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas*, Bomarzo, Albacete, 2014, pp. 100 y 101.

⁶⁰ Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado.

permanente como temporal, incluyendo los periodos formativos (distinguiendo dentro de los mismos la etapa como alumno cadete y posteriormente como alférez). De las diferentes pensiones que contempla el sistema de clases pasivas, son tres las que cubren la discapacidad, abarcando a colectivos distintos y con un dispar alcance.

5.2. LA PENSIÓN ORDINARIA DE RETIRO POR INCAPACIDAD

5.2.1. Concepto y situación protegida

La pensión de jubilación o retiro puede ser ordinaria o extraordinaria, según el origen de la contingencia. La ordinaria puede causarse por edad o incapacidad, mientras que las pensiones extraordinarias derivan de un accidente o enfermedad en acto de servicio o se causan como consecuencia del mismo. De este modo, y acotando la prestación a la incapacidad, procederá la pensión ordinaria cuando derive de circunstancias ajenas al servicio; o expresado en la terminología del Sistema de Seguridad Social: cuando traiga su causa en una contingencia común (por circunstancias ordinarias, dice el artículo 19.1 LCPE), aunque en el caso de los militares temporales, es más restrictivo, ya que debe derivar de un «hecho».

En efecto, mientras que para los militares con vínculo permanente la pensión ordinaria puede causarse por cualquier contingencia no profesional, para los temporales se exige que esa contingencia común derive de un «hecho» concreto y tangible (artículo 1.2 RD 1186/2001), circunstancia que se exige tanto para la pensión ordinaria de retiro (en orden a la IPA) como para la pensión por inutilidad para el servicio regulada en el artículo 6 RD 1186/2001 (en orden a la IPT). Tanto las juntas médico-periciales como los tribunales de Justicia vienen realizando un interpretación literal de la expresión «hechos», requiriendo que sea hecho concreto, tangible, lo cual excluye lesiones y enfermedades que aparecen de forma progresiva, es decir, quedan sin derecho a pensión la incapacidad motivada por una enfermedad de tipo evolutivo o degenerativo⁶¹.

⁶¹ El criterio consolidado de la sección 5ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional es que el que la norma hable de «un hecho», «implica y supone que el accidente, lesión o enfermedad determinantes de la insuficiencia de condiciones psicofísicas, tenga como momento temporal de su generación y existencia el lapso fijado en la norma reglamentaria, por lo que, en los supuestos de enfermedad invalidante, no es suficiente la mera aparición de los síntomas externos de la enfermedad, cuando en aras a los conocimientos médicos esta es de carácter congénito y endógena del propio paciente, se halla larvada en su propia persona y su manifestación de forma externa en un determinado

La LCPE, en su artículo 28, enumera tres posibles circunstancias como determinantes del hecho causante, una de las cuales es la que nos ocupa: «por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad», que procederá «cuando el interesado venga afectado por una lesión o proceso patológico, somático o psíquico que esté estabilizado y sea irreversible o de remota o incierta reversibilidad, cuya lesión o proceso le imposibiliten totalmente para el desempeño de las funciones propias de su Cuerpo, Escala, plaza o categoría». Como se comprueba, para los militares permanentes sí incluye cualquier proceso patológico, aunque no se concrete en un «hecho concreto».

Debería modificarse legislativamente este trato diferencial, eliminando la voz «hecho» del artículo 1.2 RD 1186/2001, equiparando la cobertura de IPT con los militares permanentes y con el común de los trabajadores de este país. En todo caso, entiendo que para los militares temporales que se hayan incorporado a las FAS tras el 1 de enero de 2011, y el hecho causante se produzca después del 12 de diciembre de 2015, no se requerirá que la enfermedad se concrete en un «hecho», sino que cualquier contingencia común tendrá cobertura, al no aplicarse el RD 1186/2001 en ese extremo, siendo aplicable la normativa común del RGSS.

Por otro lado, debe aclararse que aunque esta redacción del artículo 28 LCPE pudiera sugerir que cubre solo la incapacidad de desempeñar «las funciones propias» que venía desempeñando (esto es, una incapacidad permanente total), sin embargo, se extiende igualmente a cuando tampoco puede realizar ninguna otra actividad, ya que no distingue grados⁶². Es más, en el caso de personal militar temporal, solo cubre lo que sería la incapacidad permanente absoluta con esta pensión ordinaria, como aclara el

momento temporal es una mera circunstancia accesoria y, además, aleatoria en el tiempo, pues, en tales casos, el concepto “hecho ocurrido durante” no se configura como el elemento causal determinante de su generación en el lapso temporal exigido, ya que la misma era padecida con anterioridad, aun cuando no hubiera sido diagnosticada por la ausencia de manifestación sintomática de la misma. Esta conclusión interpretativa es la racional y adecuada a la propia naturaleza de las características de la función pública militar desempeñada por los militares de empleo y los militares profesionales de tropa y marinería, basada en una relación de servicios de carácter temporal, y por ello las prestaciones asistenciales de clases pasivas deben proyectar su eficacia protectora al ámbito temporal de dicha relación, cuando la enfermedad o lesión invalidante se ha originado durante el tiempo en el que se presta esta función». Este mismo criterio siguen las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los TSJ. Así, STSJ de Madrid 406/2014, de 17 de julio. JUR 2014\246242 (espondiloartritis lumbar); STSJ de Castilla y León (Valladolid) 1953/2011, de 14 de septiembre. JUR 2011\353139 (trastorno psicótico).

⁶² López Gandía, J. y Momparler Carrasco, M. A., «La protección social de los funcionarios públicos. Regulación actual y perspectivas antes los sistemas privados de pensiones de retiro», *Revista de Derecho Social* 25, 2004, p. 46.

artículo 5.1 RD 1186/2001, debiendo estar en otro caso a la pensión por inutilidad para el servicio regulada en el artículo 6 RD 1186/2001.

Hay que volver a advertir que para los colectivos previstos en el RD 1186/2001 (que tienen en común el no tener un vínculo permanente), la pensión ordinaria de retiro solo procede en caso de que le incapacite absolutamente para el desempeño de cualquier profesión u oficio. Si solo lo incapacita para su profesión, la que corresponde es la pensión por inutilidad para el servicio, que más adelante referiremos.

5.2.2. Periodo de carencia

La cobertura por retiro tiene una carencia de quince años de servicios efectivos al Estado (art. 29 LCPE). No se trata del habitual periodo mínimo cotizado requerido en las prestaciones derivadas de enfermedad común, jubilación o desempleo en el Sistema de Seguridad Social, sino que lo que se exige es un tiempo mínimo de servicios prestados al Estado. Y debe acreditarse tanto si deriva de enfermedad como de accidente no laboral, a diferencia de lo que se prevé en el RGSS.

Ahora bien, la norma recoge una amplia relación de supuestos asimilados a servicios efectivos al Estado, entre los que destacan «los años que faltan para alcanzar la edad de jubilación o retiro forzoso» (art. 32 LCPE)⁶³. Este es un dato a tener muy en cuenta, ya que recuérdese que la cuantía no se calcula según el grado de discapacidad, sino por los años de servicios prestados (el derecho y la cuantía). En este punto se aparta de la regla general usada, preferentemente, en el Sistema de Seguridad Social y para los militares temporales con la pensión por inutilidad para el servicio (que atiende al grado de discapacidad, no a la vida laboral), que salen comparativamente perjudicados respecto de los militares permanentes (dado que a los permanentes les dan por prestados todos los años que falten hasta expirar su vida laboral).

⁶³ Entre estas situaciones asimiladas están las siguientes: a) Los años que faltan para alcanzar la edad de jubilación o retiro forzoso; b) Los prestados en situación de servicio activo en algún Cuerpo, Escala, plaza, empleo o categoría; c) Los prestados en situación de servicios especiales y en las extinguidas de excedencia especial o supernumerario, así como en situación de excedencia forzosa y en las situaciones militares que resulten legalmente asimilables a todas estas; d) Con un máximo de tres, los cotizados en prácticas o como alumno de las academias y escuelas militares a partir de su promoción a caballero alférez cadete, alférez alumno, sargento alumno o guardiamarina.

Un estudio completo de dichas situaciones, en BLASCO LAHOZ, J. F., *El Régimen de Clases Pasivas del Estado*, Bomarzo, Albacete, 2006, pp. 27-32.

Por lo demás, no se computa como servicios efectivos al Estado el tiempo de prestación del servicio militar o prestación social sustitutoria, por su carácter obligatorio (art. 32.3 LCPE).

5.2.3. Cuantía

Respecto de la cuantía de la pensión de retiro por incapacidad, se toma como base el haber regulador que le corresponda⁶⁴, y a él se aplicará el porcentaje de cálculo, atendidos los años completos de servicios efectivos al Estado que tuviera reconocidos. El cien por cien corresponde tras 35 años de cotización (art. 31.1 LCPE). Ahora bien, cuando el retiro se produce estando el funcionario en servicio activo o situación equiparable, se considerarán como servicios efectivos, además de los acreditados hasta ese momento, los años completos que resten al funcionario para cumplir la edad de jubilación, entendiéndose estos como prestados en el Cuerpo, Escala, plaza, empleo o categoría en que figure adscrito en el momento en que se produzca el cese por jubilación, como ya hemos adelantado al estudiar los requisitos.

La cuantía mensual de las pensiones se obtendrá dividiendo por 14 la pensión anual. La fórmula de cálculo solo varía cuando se han prestado servicios en dos o más Cuerpos o categorías con distinto haber regulador, en cuyo caso se aplica una fórmula polinómica que toma en consideración todo el historial administrativo desde su ingreso en el primero y sucesivos Cuerpos hasta su cese en el servicio activo⁶⁵.

Como todas las pensiones, se revalorizan un mínimo del 0,25, conforme las nuevas reglas introducidas por la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social.

⁶⁴ Fijado anualmente por la Ley de Presupuestos Generales del Estado en función de los Cuerpos, Escalas, plazas, empleos y categorías en los que haya prestado servicios (arts. 30 y 31 LCPE). En el caso de los alumnos de academias y escuelas militares (alférez y equivalentes), el haber regulador será el correspondiente al empleo de alférez o sargento (art. 53.2 LCPE).

⁶⁵ Para un análisis detallado de estas cuestiones, vid. Blasco Lahoz, J. F., *El Régimen de Clases Pasivas del Estado*, cit., pp. 39 y ss.; Monereo Pérez, Moreno Vida, Almendros González, Maldonado Molina, Fernández Avilés, *Manual de Empleo Público*, Comares, Granada, 2010, p. 447.

5.2.4. Régimen de compatibilidades

Como regla general, las pensiones de jubilación o retiro son incompatibles con el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público (regla tradicional) y, desde 1 de enero de 2009, con el ejercicio de una actividad, por cuenta propia o ajena, que dé lugar a la inclusión de su titular en cualquier régimen público de Seguridad Social⁶⁶.

Ahora bien, la incompatibilidad entre trabajo y pensión no es absoluta, sino que la DA 16.^a Ley 2/2008 introdujo un supuesto similar a la IPT del RGSS: «supuestos de pensiones de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad, cuando el interesado no esté incapacitado para toda profesión u oficio», en los que «se podrá compatibilizar el percibo de la pensión con el desempeño de dicha actividad siempre que sea distinta a la que venía realizando al servicio del Estado» (art. 33 LCPE)⁶⁷. En estos casos, no obstante, se produce un efecto de minoración del importe de la pensión. Así, según el art. 33.2 LCPE, «mientras dure dicha situación, el importe de la pensión reconocida se reducirá al 75% de la correspondiente cuantía, si se acreditan más de 20 años de servicios efectivos al Estado; o al 55%, si el interesado hubiera cubierto menos de 20 años de servicios al momento de su jubilación o retiro»⁶⁸.

Junto a la anterior, existen otras excepciones a la regla general de incompatibilidad pero en las que no se produce el efecto de minoración de la pensión. Una se deriva del art. 9 RD 710/2009, que matiza que el régimen de incompatibilidades «no será de aplicación a las pensiones en favor de alumnos de centros docentes militares de formación, ni a las pensiones por inutilidad para el servicio causadas por el personal militar que no tenga adquirido el derecho a permanecer en las Fuerzas Armadas hasta la edad de retiro».

⁶⁶ Regla añadida por la DA 16.^a Ley 2/2008, que modificó el art. 33 LCPE, que fue desarrollada por el RD 710/2009 y que no afecta a las pensiones causadas con anterioridad al 1 de enero de 2009.

⁶⁷ Se entiende por «actividad distinta», a tenor del art. 10 RD 710/2009, «aquella en que las tareas a realizar no guarden semejanza con las funciones realizadas por el funcionario, en razón de su pertenencia al Cuerpo, Escala, plaza o categoría en que fue declarado jubilado o retirado».

⁶⁸ Por su parte, el RD 710/2009 no solo exige al beneficiario que comunique el inicio de una actividad profesional, sino que somete la compatibilidad entre pensión y trabajo a una autorización expresa de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas; de modo que la denegación de la autorización conlleva la suspensión del percibo de la pensión mientras continúe la prestación de servicios.

5.3. PENSIÓN EXTRAORDINARIA DE RETIRO

5.3.1. Concepto y situación protegida

La pensión extraordinaria de retiro tiene lugar por la incapacidad permanente para el servicio o inutilidad del personal, entendida esta incapacidad en los mismos términos que la pensión ordinaria, siempre que la misma se produzca en acto de servicio o como consecuencia del mismo. La relación de causalidad se exige tanto en caso de accidente como enfermedad⁶⁹. Así, en este último caso, la enfermedad deberá constar como adquirida directamente en acto de servicio o como consecuencia directa de la naturaleza del servicio desempeñado (art. 47 LCPE); es decir, una enfermedad profesional.

5.3.2. Regulación

Su marco regulador es más complejo, ya que no se encuentra en dos, sino en tres normas. En este caso, dentro de la LCPE se incluyen previsiones para los militares permanentes, alumnos-alféreces (o similar) de academias, temporales. Y para estos últimos además la referencia del artículo 5.1 RD 1186/2001, de 2 de noviembre. La principal particularidad normativa viene de la regulación de los alumnos-cadetes de academias militares, que se recoge en un reglamento específico: el RD 1234/1990, de 11 de octubre.

5.3.3. Requisitos y cuantía. Los topes máximos

Para causar esta prestación no se requiere periodo de carencia alguno, lucrándose cualquiera que sea el tiempo de servicios efectivos prestados al Estado.

⁶⁹ Presumiéndose el acto de servicio, salvo prueba en contrario, cuando la incapacidad permanente o el fallecimiento del funcionario hayan acaecido en el lugar y tiempo de trabajo (art. 47.4 LCPE). Es una presunción *iuris tantum*, por lo que aunque tenga lugar en tiempo y lugar de trabajo, no será acto de servicio si existe una prueba que desvirtúe la presunción. Así, en algún caso se ha considerado que un accidente vascular acontecido en tiempo y lugar de trabajo es acto de servicio si no se prueba lo contrario, considerando el juez *ad quo* que existía una «relación de causalidad entre el ACV sufrido por el recurrente y la tensión derivada de la prestación de servicios en la Guardia Civil» (sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de noviembre de 2014, JUR 2015\10371).

El cálculo de la pensión es equiparable a la ordinaria, con la notable particularidad de que el haber regulador o los haberes reguladores que correspondan se tomarán al 200%.

Pues bien, en este punto nos encontramos con uno de los elementos más problemáticos para el colectivo de militares y guardias civiles con discapacidad. Y es que este resarcimiento que se les ofrece (tomar el haber regulador por el 200%) deviene en algo testimonial cuando se pone en conexión con la figura de los topes máximos de las pensiones. Ello es así porque, incomprensiblemente, al importe resultante de calcular la pensión sobre el 200% del haber regulador, se le aplica el tope máximo de las pensiones, con lo cual en muchas ocasiones ese incremento ganado por sufrir una lesión en acto de servicio se diluye y queda neutralizado por el tope máximo.

Debería contemplarse como una excepción a la aplicación de topes máximos, porque el límite máximo de las pensiones se justifica como una corrección de los modelos puramente contributivos, evitando que el que cotice por una cantidad muy elevada perciba una prestación igualmente alta, ya que la Seguridad Social es solidaridad, no conmutatividad. Es decir, con el tope máximo se supera la idea de justicia conmutativa y se subraya la de justicia distributiva⁷⁰, la de solidaridad frente a contributividad. Y ahí es donde precisamente entraría esta excepción, porque las pensiones extraordinarias buscan eso: conceder una prestación por un importe muy superior al contribuido, en base a un interés general. En este caso, la búsqueda de justicia social para con quien, por su oficio, ha tenido que exponer su integridad física y su vida hasta el punto de acabar con un fatal desenlace. Es decir, la finalidad de la pensión extraordinaria es resarcir, no reemplazar rentas. Por ello, entendemos que debería ser uno de los supuestos excepcionales en los que no se aplica el tope máximo (como ocurre con otras situaciones, en las que por interés general se opta legislativamente por admitir la excepción).

Apoyándose en esta filosofía, un grupo de pensionistas de clases pasivas (antiguos miembros de las Fuerzas Armadas, Guardia Civil y Policía Nacional) interpuso en junio de 2014 un recurso alegando que, al aplicarse el tope máximo a sus pensiones extraordinarias, se estaba vulnerando el principio de igualdad, ya que para un supuesto —para ellos— similar, como es el de las pensiones por incapacidad derivada de actos de terrorismo, no se aplica el límite máximo. La Audiencia Nacional ha resuelto en

⁷⁰ Cfr. Gete Castrillo, P., *El nuevo derecho común de las pensiones públicas*, Lex Nova, Valladolid, 1997, p. 408.

2016, desestimando la pretensión de los pensionistas, ya que la Ley es clara, correspondiendo solo al legislador decidir cuándo se exceptúa la aplicación del tope máximo⁷¹. Habrá que esperar, pues, a un cambio legislativo.

5.3.4. Pensión extraordinaria para alumnos de centros docentes militares de formación

Para ellos habrá que estar al Real Decreto 1234/1990, de 11 de octubre, por el que se regula la concesión de pensiones e indemnizaciones del régimen de clases pasivas del Estado a quienes prestan el servicio militar⁷² y a los alumnos de los centros docentes militares de formación. De este colectivo se excluyen dos grupos:

- Por un lado, los alumnos que cuando ingresaran en dichos centros formativos ya fuesen militares de carrera o empleo. Ellos tendrán los derechos pasivos correspondientes a su relación de servicios profesionales.
- Por otro, los alumnos a partir de su promoción a caballero alférez cadete, alférez alumno, sargento alumno o guardiamarina.

Esta norma solo cubre las contingencias de origen profesional de los alumnos de academias militares, entendiendo por tales aquellas que sean consecuencia del desempeño de las actividades propias de los procesos de enseñanza militar⁷³.

La principal particularidad de su cobertura es que, a diferencia de lo que ocurre con los demás militares temporales, su pensión extraordinaria por incapacidad no se limita a los supuestos de IPA, sino que se extiende a otros dos casos: uno, cuando «se presuma dificultad grave para dedicarse a alguna actividad laboral en el futuro»; otro, supuestos que, «sin llegar a

⁷¹ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional 18/2016, de 25 de enero de 2016. Concluye la Sala que «la pretensión de los actores escapa de lo que es la materia propia de la reclamación económico-administrativa, pues exigen un pronunciamiento que no corresponde a dicho Tribunal Económico, de ahí que sea consecuente con la norma la declaración de inadmisión de la reclamación económico-administrativa presentada ante el TEAC y que se confirma en esta resolución».

⁷² Al quedar en suspenso el servicio militar obligatorio desde el 31 de diciembre de 2001, hay que entender que solo es aplicable a los alumnos y aspirantes de escuelas y academias militares.

⁷³ El artículo 2 RD 1234/1990 precisa, a estos efectos, qué accidentes se consideran producidos en acto de servicio, en unos términos muy similares a los que emplea la LGSS para conceptuar el accidente de trabajo.

constituir una invalidez (...), supongan una disminución o alteración de la integridad física del interesado».

Este es, básicamente, el régimen de las prestaciones ordinarias de retiro y extraordinarias. Téngase en cuenta que a ellas se les añade la pensión complementaria por inutilidad para el servicio (salvo en la modalidad de IPT, en cuyo caso no procede el complemento). Las veremos más adelante dentro de la acción protectora del ISFAS. Ahora analizaremos la tercera modalidad de pensión.

5.4. PENSIÓN E INDEMNIZACIÓN POR INUTILIDAD PARA EL SERVICIO DE LOS MILITARES DE COMPLEMENTO Y DE TROPA Y MARINERÍA

Como acabamos de ver, la cobertura de la pensión ordinaria de retiro y la extraordinaria cubre la IPT y la IPA, salvo para los militares temporales, que solo protege su IPA. Pues bien, para cubrir esta laguna, se contempla una pensión de inutilidad para el servicio específica para los militares que no han obtenido la plaza en propiedad⁷⁴. Se trata de su cobertura por IPT, con ciertas reglas especiales —más restrictivas—, ya que ni se calculará según los servicios prestados ni conllevará una pensión del cien por cien del haber regulador. La justificación de este trato dispar se funda en que su relación profesional con las FAS no iba a ser vitalicia, por lo que el que pierdan la capacidad para seguir prestando sus servicios tiene un impacto menor en sus expectativas profesionales, ya que entraba dentro de lo previsible el dejar de realizar ese trabajo. Ahora bien, lo que no entraba dentro de lo previsible era finalizar con una lesión o discapacidad vitalicia.

La cobertura por discapacidad de los militares temporales es muy débil en los supuestos de IPT, cuestión especialmente grave teniendo en cuenta que algunos de esos militares «temporales» tienen compromisos hasta los 45 años de edad.

⁷⁴ En concreto, esas limitaciones, previstas en el RD 1186/2001, de 2 de noviembre, alcanzan a los militares de complemento y militares profesionales de tropa y marinería con una relación de servicios profesionales no permanente; al personal de las Escalas de complemento y reserva naval, declaradas a extinguir, y que no tenga adquirido el derecho a permanecer en las Fuerzas Armadas hasta la edad de retiro; a los alumnos de centros militares de formación que hayan ingresado en los mismos siendo militares de complemento o los militares profesionales de tropa y marinería, hasta su promoción a los empleos de alférez, sargento alumno o guardiamarina; a los reservistas temporales, que no procedan de militares de carrera, que pasen a prestar servicios en las unidades, centros y organismos del Ministerio de Defensa; y a los reservistas voluntarios que pasen a prestar servicios en las unidades, centros y organismos del Ministerio de Defensa.

Al igual que ocurre con toda la cobertura prevista para los militares temporales (incluyendo pensión ordinaria, extraordinaria y la que analizamos en este apartado), exige que el accidente, lesión o enfermedad determinantes de la insuficiencia de condiciones psicofísicas o el fallecimiento se hayan producido a consecuencia de un «hecho» ocurrido en su vida como militar, tal y como hemos reseñado en el concepto de pensión ordinaria de retiro.

La pensión de IPT se prevé en el artículo 6 RD 1186/2001 para cuando el militar temporal se vea afectado por una lesión o proceso patológico, somático o psíquico, que esté estabilizado y sea irreversible o de remota o incierta reversibilidad que, sin llegar a constituir una incapacidad absoluta para cualquier profesión u oficio, suponga una incapacidad para el servicio que implique la resolución del compromiso. Contempla dos modalidades, según que la discapacidad dificulte de forma grave o menos grave la reincorporación laboral, procediendo en el primer caso una pensión de cuantía igual al 70% de la que le hubiera correspondido si hubiera sido calificada como absoluta. Sintéticamente, se clasifica del siguiente modo:

– Discapacidad moderada que dificulte de forma grave la reincorporación laboral:

- a) Grado discapacidad: entre el 33 y el 49%.
- b) Cuantía: 70% de la pensión absoluta.

– Discapacidad moderada que dificulte de forma menos grave la reincorporación laboral:

- a) Grado discapacidad: entre el 25 y el 32%.
- b) Cuantía: 70% de la pensión absoluta.

Como se comprueba, cuando la reducción de capacidad oscile entre el 33 y el 49%, el beneficiario percibirá únicamente el 70% de la cuantía de la pensión que deriva de la aplicación de las reglas generales del Régimen de Clases Pasivas, porcentaje que se reducirá al 50% cuando el grado de minusvalía se sitúe entre el 25 y el 32%.

Si la reducción de capacidad fuera inferior al 25% —o si optase por ello el beneficiario con minusvalía entre el 25 y el 32%—, no se percibirá una pensión, sino una indemnización equivalente al resultado de multiplicar el 6% del haber regulador anual —o el 6% del doble de ese haber regulador si la incapacidad se originó en acto de servicio— de la clase de

tropa y marinería profesional no permanente fijado en la Ley de PGE (que es el C-2) por el coeficiente del grado de discapacidad resultante (por cada grado reconocido)⁷⁵. Previsiones similares se recogen en normas específicas para las incapacidades sufridas en acto de servicio por el personal que cumpla el servicio militar en cualquiera de sus formas, los caballeros cadetes, alumnos y aspirantes de las escuelas y academias militares. En todo caso, como se ha indicado, pero es importante subrayar, si deriva de acto de servicio se multiplica por dos.

6. LA ACCIÓN PROTECTORA DEL ISFAS

6.1. LA PENSIÓN COMPLEMENTARIA POR INUTILIDAD PARA EL SERVICIO

El capítulo IV RD Legislativo 1/2000, de 9 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (en adelante, TRLSSFAS), delimita la acción protectora de este régimen, enunciando los riesgos protegidos (art. 8) y las prestaciones previstas para hacer frente a tales contingencias (art. 9), de las que a nuestros efectos nos interesa la pensión complementaria por inutilidad para el servicio.

La sección III del capítulo V TRLSSFAS regula una prestación *sui generis* de este régimen. Es la pensión por «inutilidad para el servicio», que junto a las prestaciones recuperadoras y un complemento a la pensión en caso de gran invalidez vienen a constituir la cobertura por IP.

Esta prestación es una pensión para el personal militar profesional y de la Guardia Civil, pero también para los funcionarios civiles incluidos en el campo de aplicación de este régimen especial⁷⁶, que como consecuencia de enfermedad o permanente e irreversible⁷⁷ pasen a retiro o jubilación por inutilidad o incapacidad permanente. Se prevé la pensión complementaria

⁷⁵ En 2016, el haber del grupo C-2 será 19.300,58 €, por lo que cada punto se indemniza con 1.158,03 €.

⁷⁶ Sobre el ámbito subjetivo del ISFAS, vid. Rodríguez Cardo, I. A., «El Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas: una visión panorámica del mutualismo militar», Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales 74, 2008, pp. 40 a 43.

⁷⁷ La Audiencia Nacional viene exigiendo que el sujeto venga afectado por una lesión o proceso patológico, somático o psíquico que esté estabilizado y sea irreversible o de remota o incierta reversibilidad. Por otro lado, la normativa que determina la incapacidad son las propias de los militares, no las generales de la Seguridad Social, sin perjuicio de tener presentes las del Régimen de Clases Pasivas (Blasco Lahoz, J. F., Las prestaciones del Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, Bomarzo, Albacete, 2014, p. 85), conforme indica el art. 22.3 TRLSSFAS.

cuando la enfermedad o lesión que motivó el retiro le imposibilite de forma absoluta y permanente para todo trabajo, oficio o profesión, siempre que el asegurado estuviese en servicio activo, servicios especiales o en situación administrativa de reserva.

Por tanto, el momento de solicitarla es cuando cese de prestar servicios activos o abandone la reserva, y obtenga la pensión de retiro (ordinaria o extraordinaria)⁷⁸. Pero como hemos visto, es posible ser beneficiario de dichas pensiones y que sin embargo no se reconozca una incapacidad absoluta. Por ello, la norma da una segunda oportunidad. Así, en caso de que las lesiones no alcancen entidad suficiente, se permite que revisen el grado de incapacidad en el plazo de tres años contados a partir de la fecha de la declaración de retiro o jubilación, siempre que no hayan alcanzado la edad para el retiro o jubilación forzosa⁷⁹. El número de beneficiarios es relativamente bajo: unas dos mil personas⁸⁰.

Respecto de la cuantía de esta prestación, es un complemento que asciende al 100% del haber regulador anual que haya servido de base para el cálculo de la pensión de retiro en el Régimen de Clases Pasivas (aun cuando esta se haya determinado por el 200% de dicho haber regulador por tener su causa en acto de servicio). Por tanto, con ella lo que se busca es equiparar lo que perciba en concepto de «pensiones» con su haber regulador. El importe será una cifra diferencial entre su pensión de clases pasivas y el haber regulador⁸¹. Ahora bien, esa cifra tendrá un mínimo, que será el 7% del haber regulador, y un máximo: no podrá superar el límite

⁷⁸ El derecho a la pensión de inutilidad para el servicio podrá ejercitarse en cualquier momento posterior al reconocimiento de la pensión de retiro por inutilidad o incapacidad permanentes, pero los efectos serán distintos según el tiempo transcurrido (art. 22.5 TRLSSFAS):

a) Si la solicitud se efectúa dentro del plazo de cuatro años contados a partir de la fecha de retiro o jubilación y el grado de incapacidad absoluta y permanente quedó acreditado entonces, los efectos económicos se retrotraerán al día primero del mes siguiente a dicha fecha.

b) En los restantes supuestos, los efectos económicos iniciales se producirán desde el día primero del mes siguiente al de la presentación de la oportuna petición debidamente documentada.

⁷⁹ Art. 22.4 TRLSSFA.

⁸⁰ Los últimos datos al momento del cierre de este trabajo son los correspondientes a 31 de diciembre de 2014: 879 beneficiarios de inutilidad parcial; 1.557 de inutilidad absoluta; 429 de la prestación de gran invalidez. En total, 2.865 personas. http://www.defensa.gob.es/isfas/Galerias/ficheros/Memoria/MEMORIA_2014.pdf

⁸¹ El importe medio es el siguiente (a 31 de diciembre de 2014): 71,33 € en caso de inutilidad parcial; 126,51 € si inutilidad absoluta; y 998,13 € en la prestación de gran invalidez. http://www.defensa.gob.es/isfas/Galerias/ficheros/Memoria/MEMORIA_2014.pdf

fijado anualmente para las pensiones públicas, ni por sí solo ni sumado a la pensión de retiro que complemente⁸².

6.2. EL COMPLEMENTO POR GRAN INVALIDEZ

Dentro de la cobertura por incapacidad permanente, y al igual que en el resto de los regímenes, hay reglas singulares para la gran invalidez. Para obtener esta prestación es necesario ser beneficiario de la pensión complementaria de inutilidad para el servicio y, además, requerir la asistencia de otra persona para la realización de los actos más esenciales de la vida diaria⁸³. El importe de dicho complemento asciende al 50% de la pensión de retiro de Clases Pasivas, con el límite del 50% de la pensión máxima que estaba fijada en el momento de reconocimiento de la pensión de jubilación (pero sin que le aplique el tope máximo de las pensiones, al no considerarse pensión pública), y con la posibilidad de reemplazar la pensión, a petición del interesado o su representante, por el alojamiento y cuidado a cargo del ISFAS⁸⁴.

Son unas reglas similares a la que operaban para la gran invalidez en el RGSS antes de la reforma acometida por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, tanto en la forma de determinar la cuantía como porque posibilita permutar pensión por alojamiento. Es una fórmula criticable, ya que no tiene sentido que el importe sea un porcentaje sobre la pensión que recibe como renta sustitutiva de su trabajo, dado que lo que se atiende no es la sustitución de rentas de activo por unas de pasivo, sino la compensación de la asistencia de una tercera persona, y eso no debe cuantificarse en relación a la base reguladora que tuviera el trabajador, sino baremarse objetivamente para todos los cuidadores informales (que son los destinatarios últimos del incremento del 50%).

6.3. PRESTACIONES PARA SITUACIONES DE DEPENDENCIA

Antes de la puesta en marcha del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (en adelante, SAAD) por la Ley 39/2006, de 14

⁸² Arts. 23.1 y 5 TRLSSFA.

⁸³ Tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos (art. 22.2 TRLSSFA).

⁸⁴ Es posible sustituir esta pensión, a petición del interesado o su representante, por el alojamiento y cuidado a cargo del ISFAS cuando los gastos no representen un incremento superior al 10% de la prestación total (art. 23.2 TRLSSFA).

de diciembre (de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia), dentro de la acción protectora de la Seguridad Social de los funcionarios públicos, ya se contemplaban ayudas de atención sociosanitaria orientadas a la cobertura de mayores y discapacitados. Tras la aprobación de la Ley 39/2006, tales ayudas se mantuvieron, pero extendiendo su cobertura a nuevas situaciones de necesidad, al quedar cubierta la dependencia por unas ayudas específicas⁸⁵.

La acción protectora del ISFAS incluye una cobertura singular para las situaciones de dependencia, si bien no la prevé el TRLSSFAS, aunque sí las prestaciones de asistencia social y servicios sociales⁸⁶. Así, en su desarrollo se prevé una ayuda económica adicional a las contempladas por el SAAD, amén de otras ayudas para mayores y discapacitados, que se pueden enmarcar claramente dentro de la atención a la dependencia⁸⁷. Se recogen en la Instrucción 4B0/19065/2010, de 15 de diciembre, de la Gerencia del ISFAS⁸⁸. No obstante, son ayudas que están condicionadas a la existencia de crédito adecuado y suficiente en el correspondiente ejercicio económico. Y de hecho, para 2013 y 2014 quedaron suspendidas⁸⁹.

Se contemplaba un amplio abanico de prestaciones de asistencia a la tercera edad, algunas de las cuales pueden enmarcarse dentro de la prevención de la dependencia, al promocionar la autonomía personal (como sería el termalismo social y las vacaciones), y otras directamente se dirigen a la atención de las situaciones de dependencia. Así, y como complemento a las prestaciones previstas en la Ley 39/1996, se establecen las siguientes ayudas para atención a la dependencia:

- Ayuda económica para atención residencial.
- Ayuda económica para atención en centros de día o de noche.
- Servicio de asistencia a domicilio.
- Servicio de teleasistencia.
- Ayuda económica adicional a las del SAAD para atención domiciliaria.

⁸⁵ Monereo Pérez, J. L.; Moreno Vida, M.^a N.; Maldonado Molina, J. A.; González de Patto, R. M.^a, *Manual de Derecho de la Dependencia*, Tecnos, Madrid, 2014, p. 245.

⁸⁶ Maldonado Molina, J. A., «Dependencia y Sistema de Seguridad Social», en VV. AA., *Prevención y protección de la dependencia: un enfoque transdisciplinar*, Comares, Granada, 2014, p. 131.

⁸⁷ Igualmente su reglamento de desarrollo, aprobado por RD 1726/2007, de 21 de diciembre.

⁸⁸ BOD de 23 de diciembre de 2010.

⁸⁹ Respectivamente, por la Instrucción 94/2012, de 28 de diciembre, y la Instrucción 78/2013, de 26 de diciembre (ambas en el BOE de 31 de diciembre).

Básicamente se trata de asumir una parte del coste que correspondiera al usuario del servicio según la prestación reconocida por el SAAD. Las ayudas económicas que reconozca el ISFAS tendrán como límite el 70% de la prestación económica reconocida por el SAAD o bien el 70% del importe de los pagos que el beneficiario tenga que realizar por el servicio del SAAD.

7. LA INTEGRACIÓN EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

7.1. HACIA LA HOMOGENEIZACIÓN DE SUS PENSIONES CON LAS DEL RGSS

De lo visto hasta ahora, se comprueba que la protección social por discapacidad de militares y guardias civiles se aparta notablemente del RGSS. Tantas son las diferencias derivadas de la cobertura a través de Clases Pasivas, que su Seguridad Social se ha considerado tradicionalmente como extramuros del propio Sistema, configurándose como un régimen externo al mismo. El sistema de Clases Pasivas presenta múltiples discordancias, que ya desde antiguo han sido cuestionadas por la más autorizada doctrina, que solo contribuían a la falta de coherencia del sistema en su conjunto⁹⁰.

El Pacto de Toledo de 1995 apostó por la simplificación de los regímenes especiales (recomendación núm. 6), formulando como objetivo el que todos los trabajadores queden encuadrados bien en el Régimen de Trabajadores por Cuenta Ajena o bien en el Régimen de Trabajadores por Cuenta Propia (RETA). Esta homogeneización se ha ido llevando a cabo de forma lenta, integrando en el RETA a los autónomos del campo (desde 2008) y en el RGSS a los asalariados agrarios y los empleados del hogar (ambos desde 2012), con la aplicación de algunas reglas transitorias, pero sin excepciones en su ámbito subjetivo: todos los colectivos afectados quedan integrados.

Con los Regímenes Especiales funcionariales el camino está siendo distinto: se ha optado por una homogeneización parcial, tanto subjetivamente (solo los nuevos funcionarios) como objetivamente (solo respecto del Régimen de Clases Pasivas). Ello salvo los funcionarios de la Administración Local, cuya integración fue rápida en 1993, para todos y con escasas reglas de transición.

⁹⁰ Vida Soria, J., «Sobre la inactualidad del régimen de Clases Pasivas», *Documentación Administrativa* 71, 1963, pp. 77 y ss.

El primer paso se dio a final de 2008, con una indeterminada previsión en la disposición adicional 62.^a de la LPGE para 2009⁹¹, que bajo la rúbrica de «Armonización de Regímenes de los Funcionarios Públicos», encomendó al Gobierno que propusiera en el plazo de seis meses las medidas legales necesarias en orden a continuar el proceso de armonización del Régimen de Clases Pasivas del Estado con el RGSS⁹². En esta línea, el documento sobre revisión del Pacto de Toledo de 29 de enero de 2010 apostó por la armonización, considerando que «la forma más razonable de solventarla sería sin más la definición de una fecha a partir de la cual los funcionarios de nuevo acceso a las Administraciones Autonómicas ingresarán en el RGSS». Se mantendría el régimen de protección del que disfrutaban los que en ese momento estaban incluidos en él, afectando solo a los nuevos empleados públicos.

El RD-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, en su artículo 20⁹³ estableció que todos los funcionarios que ingresen en cualquier Administración Pública española a partir del 1 de enero de 2011 quedarán incluidos en el RGSS, si bien mantendrán, cuando así proceda de acuerdo con su normativa, el Mutualismo Administrativo. Por tanto, la integración sería solo para los nuevos, y solo respecto del Sistema de Clases Pasivas, manteniéndose las mutualidades y su cobertura⁹⁴. Además, la homogeneización de Clases Pasivas tampoco sería total, ya que: a) se mantienen las especificidades referidas a los tribunales médicos competentes para la declaración de incapacidad o inutilidad del funcionario; b) para el personal militar no permanente, sus singularidades respecto de las contingencias no contempladas por figuras equivalentes en la acción pro-

⁹¹ Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009.

⁹² Siguiendo esta previsión, el Gobierno adelantó un informe ejecutivo que comprende algunas de las posibilidades que cabrían al respecto. Sobre todo este proceso, cfr. Maldonado Molina, J. A., «Seguridad Social y reestructuración de las Administraciones Públicas», en Monereo Pérez y Castillo Blanco (dirs.), *Reestructuración de las Administraciones Públicas: aspectos administrativos y laborales*, Comares, Granada, 2015, p. 416.

⁹³ Este precepto corresponde a la actual disposición adicional tercera del Texto Refundido de la LGSS (aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre).

⁹⁴ El alcance de la integración se limita exclusivamente al derecho a causar pensiones en el RGSS. Por ello se hizo necesario adecuar la cotización al RGSS excluyendo las contingencias que seguirán cubiertas por el Mutualismo (incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, maternidad y paternidad). Con este propósito, se aprobó la Orden TIN/2803/2011, de 14 de octubre, por la que se modifica la Orden TIN/41/2011, de 18 de enero, para el establecimiento de un coeficiente reductor respecto a la cotización por contingencias comunes relativa a los funcionarios y demás personal de nuevo ingreso incluidos en el RGSS a partir de 1 de enero de 2011.

tectora del RGSS; y c) respeta el régimen de las pensiones extraordinarias (con las adaptaciones que sean precisas).

Por tanto, a diferencia de lo que ocurrió con los funcionarios de la Administración Local, su integración ha sido parcial y progresiva, suave podríamos decir. Está claro que busca que el Sistema sea más sostenible, reduciendo los gastos. Por ello, no es casual que la medida se adoptara en un contexto de crisis económica⁹⁵.

Para acomodar el Sistema de Clases Pasivas al RGSS de los miembros de las FAS y de las FCSE, se aprueba el Real Decreto 1087/2015, de 4 de diciembre, sobre procedimiento, condiciones y alcance del reconocimiento de las prestaciones de incapacidad permanente y muerte y supervivencia para el personal de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, derivado de su inclusión en el RGSS, que ha entrado en vigor el 12 de diciembre de 2015.

La norma aborda dos cuestiones:

- Una sustantiva, que es precisar «las condiciones y el alcance de su integración» en el RGSS a efectos de las pensiones de IP y MS; es decir, a quién y en qué cuestiones afecta la integración.
- Otra adjetiva: regular el procedimiento para el reconocimiento de dichas prestaciones.

7.2. ÁMBITO DE LA APLICACIÓN

El RD 1087/2015 precisa el campo de aplicación de la norma y los términos de la integración en el RGSS, ajustándolos a tres parámetros:

- Parámetro subjetivo: militares, guardias civiles y policías nacionales que se incorporaran después de 1 de enero de 2011.
- Parámetro material: solo en orden a las prestaciones de clases pasivas.
- Parámetro temporal: prestaciones causadas a partir del 12 de diciembre de 2015, salvo el complemento por actos de servicio, que será para hechos causados desde 2011.

⁹⁵ En este sentido, Cortés Alcalá, E., «Reflexiones sobre el modelo de pensiones para la protección de la discapacidad del personal de las Fuerzas Armadas y del Cuerpo de la Guardia Civil. Aspectos económicos y tributarios», en *Apuntes y reflexiones sobre discapacidad militar*, cit, p. 115.

7.2.1. Ámbito subjetivo

Es una norma que, además de al personal integrado en el ISFAS (militares y guardias civiles), se aplica también a los miembros del Cuerpo Nacional de Policía (en adelante, CNP) (integrados en MUFACE), siempre que en uno u otro caso accedieran a tal condición con posterioridad a 2011. Por tanto, no afecta a todos los militares y guardias civiles, sino únicamente a los que se incorporaron a partir de 2011, siguiendo las directrices fijadas por el RD-Ley 13/2010, de 3 de diciembre.

7.2.2. Ámbito material

La integración en el RGSS lo es solo a efectos de clases pasivas. Por tanto, no se ve afectada la acción protectora del ISFAS para ningún mutualista, de forma que aquellas prestaciones de incapacidad que no entraban dentro del régimen de clases pasivas quedan extramuros de la integración (prestaciones que eran complementarias, básicamente). Ése es el caso de las tres prestaciones que el RD 1087/2015 indica que quedan fuera de la cobertura que les prestará el RGSS (arts. 3.2 y 3.3 RD 1087/2015): incapacidad permanente parcial, lesiones permanentes no invalidantes y el complemento de la gran invalidez. Estas prestaciones no forman parte del Sistema de Clases Pasivas, por lo que el RD 1087/2015 realmente se limita a aclarar que seguirá prestándose por la correspondiente mutualidad⁹⁶, pero no es una exclusión constitutiva (fue el RD-Ley 13/2010 quien las excluyó).

Los nuevos expedientes se ajustarán a dos grados del RGSS: incapacidad permanente total para la profesión habitual (IPT) e incapacidad permanente absoluta (para todo trabajo) (IPA). La IPP no se contempla (se subsume dentro de las lesiones permanentes no invalidantes); y la gran invalidez se cubre por el ISFAS (o MUFACE en caso de policías nacionales). No es un mero cambio nominal, sino que la forma de calcular unas y otras es sustancialmente distinta, con un resultado generalmente más desfavorable con las nuevas reglas (aunque si deriva de acto de servicio, procede un complemento que lo equipara al sistema de clases pasivas).

Serán los militares permanentes los que pasen a obtener prestaciones más bajas en caso de que la IP derive de contingencia común, ya que si es

⁹⁶ El ISFAS, para militares y guardias civiles; MUFACE, para el personal de la Policía Nacional (arts. 3.2 y 3.3, respectivamente, del RD 1087/2015).

una IPT pasarán de percibir una pensión de entre el 75 y 100% de su haber regulador, a una de entre el 55 y 75% de su base reguladora (si es una IPA no habrá cambios sustanciales). Los militares temporales no experimentarán una gran diferencia respecto de la cuantía, ya que en caso de IPT el porcentaje pasará del 50/70% al 55/75%, en un caso del haber regulador; y en otro de la base reguladora. Y evitarán uno de los grandes problemas que tenían, que era que sus pensiones por enfermedad debían producirse «a consecuencia de un hecho ocurrido» en su vida militar. Para ellos bastará con que sufran en ese periodo una contingencia común, al igual que ocurre con el resto de asegurados en el RGSS. Los tribunales médicos castrenses mantienen la competencia para dictaminar si existe insuficiencia de condiciones psicofísicas y su incidencia en el mantenimiento o pérdida de la aptitud, y si es «acto de servicio», pero no en definir cuál es la contingencia protegida, que vendrá determinada por la normativa del RGSS.

Lo que por desgracia no se solventa para ninguno es que las pensiones extraordinarias del 200% en caso de incapacidad en acto de servicio siguen sometidas a los toques máximos.

Respecto de la pensión extraordinaria por acto de servicio (que incrementa hasta el 200% del haber regulador), aunque formalmente deja de estar prevista, realmente no se verá reducida la cobertura, ya que en caso de IP o fallecimiento en acto de servicio, la cuantía será la suma de pensión que corresponda conforme a la normativa del RGSS más un complemento extraordinario de pensión equivalente a la diferencia entre dicha pensión y la cuantía de la pensión extraordinaria que por el mismo hecho hubiere correspondido en aplicación de las normas del Régimen de Clases Pasivas (art. 13 RD 1087/2015).

7.2.3. Ámbito temporal

Además de limitar su aplicación a los «nuevos» empleados públicos (a los que hayan accedido al puesto tras 2011), estas reglas se aplican solo si el hecho causante ha tenido lugar a partir del día siguiente de su publicación en el BOE, esto es, el 12 de diciembre de 2015. Esos son los dos parámetros temporales a tener en cuenta. Esta regla tiene una importante excepción recogida en la disposición adicional cuarta RD 1087/2015, y es que si se trata de prestaciones derivadas de acto de servicio, las particularidades previstas para ellas en los arts. 16 a 19 de dicho RD serán de aplicación a los hechos causantes acaecidos desde el 1 de enero de 2011.

7.3. PROCEDIMIENTO

El procedimiento previsto busca mantener un sistema de evaluación de la incapacidad específico para los requerimientos psicofísicos de las Fuerzas Armadas y Cuerpos de Seguridad del Estado, por lo que persisten tanto los órganos competentes de cada ministerio⁹⁷ para evaluar la existencia de insuficiencia de condiciones físicas, como la regulación que determina las aptitudes psicofísicas requeridas en cada Cuerpo⁹⁸. Fuera de esto, el procedimiento se lleva a cabo ante el INSS. En consecuencia, pueden clasificarse en dos las actuaciones a realizar, según correspondan al Ministerio de Defensa/Interior o al INSS.

7.3.1. Actuaciones del Ministerio de Defensa/Interior

Todo lo relativo a la determinación de las condiciones psicofísicas sigue residenciado en los órganos especializados del Ministerio de Defensa (para miembros de las FAS y Guardia Civil) o del Interior (para miembros del CNP), lo que comprende cuatro tipos de actuaciones que se concretan en sendos documentos que serán remitidos al interesado:

a) Conformar la *historia clínica* que ha de servir de base en el procedimiento para la evaluación y calificación de las situaciones de incapacidad permanente.

b) Emitir un *informe médico de síntesis*.

c) Emitir un *dictamen* por parte del órgano médico pericial correspondiente según el Cuerpo al que pertenezca, en el que se evalúen las condiciones psicofísicas del interesado para el ejercicio de sus funciones.

El dictamen, además de dictaminar si puede continuar el ejercicio de sus funciones, puede dictaminar el origen profesional o no, esto es, si la pérdida de condiciones tiene su origen en acto de servicio.

d) Emitir por el órgano competente *resolución* en la que se declare, según los casos, el cese de la relación de servicios profesionales en virtud de retiro o la rescisión del compromiso por insuficiencia de condiciones psi-

⁹⁷ Para las FAS y Guardia Civil, el Ministerio de Defensa, a través de la Sanidad Militar, las juntas médico periciales y los órganos periciales especializados en materia de salud en la Guardia Civil. Para la Policía Nacional, el Ministerio del Interior a través del Tribunal Médico de la Dirección General de la Policía.

⁹⁸ Para las FAS, los artículos 83 y 120 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar. Para la Guardia Civil, los artículos 57 y 100 de la Ley 29/2014, de 28 de noviembre, de Régimen del Personal de la Guardia Civil. Y para la Policía Nacional, Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional.

cofísicas. Esta resolución se pronunciará sobre el origen de la contingencia en «acto de servicio». Tanto el origen que se declare como la pérdida de las condiciones psicofísicas que impliquen la anulación de la capacidad del interesado tendrán un carácter vinculante para el INSS.

En consecuencia, si se declara que trae su causa en «acto de servicio», recibirá la cobertura correspondiente a una «contingencia profesional». En coherencia con ello, si ese acto de servicio termina generando el reconocimiento de una prestación de la Seguridad Social derivada de contingencia profesional, los órganos competentes del Ministerio de Defensa y del Ministerio del Interior deberán declarar y notificar esos actos de servicio a través de los sistemas de información de declaración de contingencias profesionales vigentes (disposición adicional segunda RD 1087/2015).

7.3.2. Actuaciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social

Las competencias que corresponden al INSS (a la Dirección Provincial)⁹⁹ en esta materia son exactamente las mismas que corresponden con cualquier otra prestación de IP del RGSS¹⁰⁰, con dos salvedades:

– El INSS será el encargado de evaluar, calificar y revisar la IP, y declarar en su caso el grado de IPT o IPA. Ahora bien, la particularidad es que para la IPT para la profesión habitual no tiene libertad de decisión, sino que para dicha calificación estará vinculado por la resolución del órgano competente del Ministerio de Defensa o del Interior en su pronunciamiento sobre la pérdida de condiciones psicofísicas que implique la anulación de la capacidad del interesado para el ejercicio de la profesión militar, de Guardia Civil o de funcionario de la Policía Nacional.

– El INSS determinará la contingencia: común o profesional. Sin embargo, deberá atender, en su caso, a la previa declaración de acto de servicio emitida por la autoridad competente del Ministerio de Defensa o del Ministerio del Interior.

Dadas estas premisas, es lógico que el procedimiento previsto por la norma dé prelación a las actuaciones ante los Ministerios de Defensa/In-

⁹⁹ Será la Dirección Provincial del INSS de la provincia en la que tenga su domicilio el interesado, como ocurre habitualmente en el RGSS.

¹⁰⁰ Habrá que estar al Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, además de las reglas generales contenidas en los artículos 193 y ss. TR LGSS.

terior, que será ante los que deba dirigirse el interesado para dar comienzo al procedimiento.

Donde sí encontramos una particularidad es en la previsión del artículo 9 RD 1087/2015, que indica que si el grado declarado es el del IPT derivada de acto de servicio, dicha prestación (como ocurre con toda IPT) es compatible con el trabajo, pero —y ahí es donde está la singularidad— esas circunstancias determinará recalcular el complemento extraordinario de pensión con cargo al presupuesto del Estado de acuerdo con las normas del Régimen de Clases Pasivas del Estado.

8. CONCLUSIONES

1. Honor y seguridad económica. Estos son dos de los reconocimientos que cualquier servidor del Estado espera obtener en caso de pérdida de la capacidad y aptitudes físicas que le permitía formar parte de las Fuerzas Armadas. Máxime, si esa pérdida de capacidad se produce en acto de servicio. Es la confianza de que no sufrirá el abandono de aquellos por los que ha arriesgado y expuesto su integridad física y la vida.
2. Desde antiguo, perder la aptitud no siempre ha sido obstáculo para seguir perteneciendo a la milicia. Cuerpos de inválidos o mutilados han existido en numerosos países, y en el nuestro hasta mediados de los ochenta del siglo pasado. Y las primeras pensiones se sitúan precisamente en este ámbito.
3. Hay un cambio de paradigma en los años ochenta. Sí hay una cobertura económica para los militares profesionales, pero su integración laboral desaparece junto con el Cuerpo de Mutilados de Guerra. Los soldados viejos y estropeados quedan fuera del ámbito castrense. Con ello se dio un paso atrás en la integración laboral de los militares discapacitados. No había hueco para los retirados dentro de las FAS, y sus pensiones tampoco atienden de forma efectiva el derecho a la reparación, al trasladar el esquema común de las pensiones, al aplicar la figura de los topes máximos a las prestaciones extraordinarias.
4. En los últimos años se está produciendo un giro importante. Se ha avanzado considerablemente, aunque queda mucho por recorrer. El impulso, formalmente, ha venido por los instrumentos internacionales en materia de discapacidad. No obstante, muchos de esos derechos globales de las personas con discapacidad no encajan en el

derecho a la reparación, dando lugar a intentos baldíos de construir la integración laboral de los militares discapacitados en base al derecho de la discapacidad. Ese derecho debe ser un apoyo, pero no la base fundamental. Realmente, los pilares están en el derecho a la reparación.

5. El marco jurídico-protector de la discapacidad de los militares en España ha experimentado un notable giro en el año 2015. Los cambios se asientan en la filosofía del derecho a la reparación. No se les protege solo por ser personas con discapacidad, sino por perder la capacidad en acto de servicio; o en atención a las especiales exigencias que requería su puesto. Han sido varias las reformas legislativas que han incidido en materia de ascensos honoríficos, nuevas reglas para su IP para los incluidos dentro del RGSS; aprobación del Plan Integral de Apoyo a la Discapacidad en las Fuerzas Armadas, y creación de la Oficina de Atención a la Discapacidad en las Fuerzas Armadas en enero de 2016.
6. Sin embargo, siguen habiendo sombras, no todo son luces. Así, el que las pensiones extraordinarias del 200% en caso de incapacidad en acto de servicio sigan sometidas a los topes máximos. Como ha observado la Audiencia Nacional en su sentencia de 25 de enero de 2016, la solución debe venir por un cambio legislativo. Así debe ser, porque esta limitación frustra las legítimas expectativas que se pueden hacer nuestros militares tras un acto de servicio, socavando así la filosofía reparadora que debe regir esta regulación: permitir que el retiro sea con honores.

9. BIBLIOGRAFÍA CITADA

BLASCO LAHOZ, J. F., *El Régimen de Clases Pasivas del Estado*, Bomarzo, Albacete, 2006.

BLASCO LAHOZ, J. F., *Las prestaciones del Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas*, Bomarzo, Albacete, 2014.

CABRA DE LUNA, M. A., «Grado de transversalidad de la Convención en el Derecho Militar», en MEDINA TORRES y GONZÁLEZ-BADÍA FRAGA (coords.), *Apuntes y reflexiones sobre discapacidad militar*. Actas del IV Seminario Internacional sobre Discapacidad Militar, Universidad de Granada - Mando de Adiestramiento y Doctrina (MADOC), Granada, 2014.

- CORTÉS ALCALÁ, E., «Reflexiones sobre el modelo de pensiones para la protección de la discapacidad del personal de las Fuerzas Armadas y del Cuerpo de la Guardia Civil. Aspectos económicos y tributarios», en *Apuntes y reflexiones sobre discapacidad militar*, Actas del IV Seminario Internacional sobre Discapacidad Militar, Universidad de Granada - Mando de Adiestramiento y Doctrina (MADOC), Granada, 2014.
- DE LA VILLA GIL, L. E., «La previsión social mutualista de los funcionarios públicos del Estado», *Revista de Administración Pública*, núm. 40, 1963.
- DE LA VILLA GIL, L. E., «Prefacio» a PUELL DE LA VILLA, F., *Historia de la protección social militar en España (1265-1978)*. De la Ley de Partidas al ISFAS, ISFAS, Madrid, 2008.
- DÍAZ CORVERA, F., «La discapacidad en las Fuerzas Armadas», en MEDINA TORRES y GONZÁLEZ-BADÍA FRAGA (coords.), *Apuntes y reflexiones sobre discapacidad militar*. Actas del IV Seminario Internacional sobre Discapacidad Militar, Universidad de Granada - Mando de Adiestramiento y Doctrina (MADOC), Granada, 2014.
- FERNÁNDEZ NIETO, M., «Sobre el prólogo de la segunda parte de *El Quijote*», *Revista de Historia Militar*, núm. extra, 2015.
- GETE CASTRILLO, P., *El nuevo derecho común de las pensiones públicas*, Lex Nova, Valladolid, 1997.
- LEIG, I y BORN, H., *Handbook on Human Rights and Fundamental Freedoms of Armed Forces Personnel*, OSCE, 2008.
- LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M. A., «La protección social de los funcionarios públicos. Regulación actual y perspectivas ante los sistemas privados de pensiones de retiro», *Revista Derecho Social*, núm. 25, 2004.
- MALDONADO MOLINA, J. A., *Génesis y evolución de la protección social por vejez en España*, MTAS, TGSS, Madrid, 2002.
- MALDONADO MOLINA, J. A., «Recolocación de militares con discapacidad en las Fuerzas Armadas. Análisis del marco jurídico», en MEDINA TORRES y GONZÁLEZ-BADÍA FRAGA (coords.), *Apuntes y reflexiones sobre discapacidad militar*. Actas del IV Seminario Internacional sobre Discapacidad Militar, Universidad de Granada - Mando de Adiestramiento y Doctrina (MADOC), Granada, 2014.
- MALDONADO MOLINA, J. A., «Dependencia y Sistema de Seguridad Social», en VV. AA., *Prevención y protección de la dependencia: un enfoque transdisciplinar*, Comares, Granada, 2014.

- MALDONADO MOLINA, J. A., «Seguridad Social y reestructuración de las Administraciones Públicas», en MONEREO PÉREZ y CASTILLO BLANCO (dirs.), *Reestructuración de las Administraciones Públicas: aspectos administrativos y laborales*, Comares, Granada, 2015.
- MERCADER UGUINA, J. R. y MUÑOZ RUIZ, A. B., «El tratamiento de la política migratoria en la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 32, 2001.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A., «Comentario al artículo 26. Integración de las personas discapacitadas», en VV. AA., *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2012.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., «El Derecho a la Protección de las personas con minusvalías», en MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE y MORENO VIDA (dirs.), *Comentario a la Constitución Socioeconómica de España*, Comares, Granada, 2002.
- MONEREO PÉREZ, MORENO VIDA, ALMENDROS GONZÁLEZ, MALDONADO MOLINA, FERNÁNDEZ AVILÉS, *Manual de Empleo Público*, Comares, Granada, 2010.
- MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M.^a N., MALDONADO MOLINA, J. A., GONZÁLEZ DE PATTO, R. M.^a, *Manual de Derecho de la Dependencia*, Tecnos, Madrid, 2014.
- MUÑOZ ESCANDELL, I., «Obligación y responsabilidad estatal de proteger los derechos humanos de los miembros de las Fuerzas Armadas. El derecho de reparación», en MEDINA TORRES y GONZÁLEZ-BADÍA FRAGA (coords.), *Apuntes y reflexiones sobre discapacidad militar. Actas del IV Seminario Internacional sobre Discapacidad Militar*, Universidad de Granada - Mando de Adiestramiento y Doctrina (MADOC), Granada, 2014.
- PÉREZ-FONCEA, J. A., *El héroe del Caribe*, Ed. Libros Libres, Madrid, 2012.
- PUELL DE LA VILLA, F., *Historia de la protección social militar en España (1265-1978). De la Ley de Partidas al ISFAS*, ISFAS, Madrid, 2008.
- PUELL DE LA VILLA, F., «La protección de la discapacidad en los Ejércitos: una mirada retrospectiva», en MEDINA TORRES y GONZÁLEZ-BADÍA FRAGA (coords.), *Apuntes y reflexiones sobre discapacidad militar. Actas del IV Seminario Internacional sobre Discapacidad Militar*, Universidad de Granada - Mando de Adiestramiento y Doctrina (MADOC), Granada, 2014.

- RODRÍGUEZ CARDO, I. A., «El Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas: una visión panorámica del mutualismo militar», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 74, 2008.
- ROJO PINILLA, J. A., *Cuando éramos invencibles*, El Gran Capitán Ediciones, Madrid, 2015.
- RUMÉU DE ARMAS, A., *Historia de la Previsión Social en España*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944.
- VIDA SORIA, J., «Sobre la inactualidad del régimen de Clases Pasivas», *Documentación Administrativa*, núm. 71, 1963.
- VIÑES MILLET, C., «El Cuerpo de Inválidos y su organización, en el contexto de la Reforma del Ejército del siglo XVIII», *Revista de Historia Militar*, núm. 52, 1982.

**EL NUEVO CAUCE DE EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS
DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN LA
JURISDICCIÓN MILITAR: LOS «PROCESOS» DE REVISIÓN
PENAL Y CONTENCIOSO-DISCIPLINARIO**

**PREMIO DEFENSA 2016
PREMIO JOSÉ FRANCISCO DE QUEROL Y LOMBARDERO¹**

Manuel Luis Pérez García²
Doctor en Derecho. AF (RV)

«No hagas muchas pragmáticas, y si las hicieres, procura que sean buenas, y sobre todo que se guarden y cumplan, que las pragmáticas que no se guardan lo mismo es que si no lo fuesen, antes dan a entender que el príncipe que tuvo discreción y autoridad para hacerlas no tuvo valor para hacer que se guardasen; y las leyes que atemorizan y no se ejecutan, vienen a ser como la viga, rey de las ranas, que al principio las espantó, y con el tiempo la menospreciaron y se subieron sobre ella»³.

¹ No quiero olvidar la figura del magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo y general consejero togado D. José Francisco de Querol y Lombardero, a su conductor, D. Armando Medina Sánchez, al agente del Cuerpo Nacional de Policía D. Jesús Escudero García y al conductor de la Empresa Municipal de Transportes de Madrid D. Jesús Sánchez Martínez, todos fallecidos a causa del brutal atentado de la banda terrorista ETA del 30 de octubre de 2000 en Madrid. Tampoco a las 64 personas que resultaron heridas de distinta consideración.

² Dedico este artículo y el premio a la memoria de mi madre.

³ Miguel de Cervantes Saavedra. Segunda parte del Ingenioso caballero don Quijote de la Mancha, capítulo LI. Al escritor y «soldado aventajado» en el IV centenario de su muerte.

SUMARIO:

1. Planteamiento. 2. La europeización de los derechos fundamentales. 3. Lo militar en la jurisprudencia estrasburguesa. 4. Teoría general de las sentencias del TEDH: naturaleza jurídica, obligatoriedad y efectos. 5. La ejecución de las sentencias del TEDH en España: en busca del cauce procesal oportuno. 5.1. Informe del Consejo de Estado de 14 de febrero de 2008. 5.2. Acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2013. 5.3. Acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2014. 5.4. ATS de 24 de noviembre de 2014 y SSTs de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (12 de marzo, 26 de marzo y 19 de mayo de 2015). 6. Modificación de legislación militar o de la Guardia Civil como consecuencia de la actuación del TEDH. 7. Los «procesos» de revisión en la jurisdicción militar y las SSTEDH. 7.1. El «proceso» de revisión penal. 7.2. El «proceso» de revisión contencioso-disciplinario. 8. Conclusiones. 9. Bibliografía.

1. PLANTEAMIENTO

Desde el 1 de octubre de 2015 existe un cauce procesal⁴ para ejecutar en España las sentencias condenatorias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) por violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH) y sus protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo. El mecanismo procesal es el recurso de revisión, recurso extraordinario que en la jurisdicción militar se sustancia en procesos penales o contencioso-disciplinarios ante la Sala V del Tribunal Supremo o, en ciertos supuestos, ante la Sala del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El propósito de este trabajo es estudiar el iter jurisprudencial, doctrinal y normativo hasta la reciente instauración de los «procesos» de revisión penal y contencioso-disciplinario. Para ello: i) partimos de la idea de europeización de los derechos fundamentales y de los tres niveles o sistemas

⁴ Que con carácter general se ha incorporado al nuevo artículo 5 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial: «Se podrá interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo contra una resolución judicial firme, con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión». Cada ley procesal en su orden jurisdiccional, con alguna variación, también lo ha incorporado como un nuevo supuesto de su respectivo recurso de revisión.

de garantías existentes: nacional, europeo y convencional; ii) a continuación nos centraremos en la incidencia de lo militar en la jurisprudencia del TEDH; iii) en este apartado nos ocuparemos de la naturaleza jurídica, obligatoriedad y efectos de las sentencias del TEDH; iv) de la búsqueda del cauce procesal oportuno desde la ratificación del CEDH hasta su culminación por vía legislativa; v) de las distintas modificaciones de la legislación militar o de la Guardia Civil como consecuencia de la actuación del TEDH; vi) para acabar con un análisis de los «procesos» de revisión en la ley procesal militar y la ejecución de las SSTEDH; vii) finalizando con unas conclusiones que anticipan alguno de los problemas que la Sala de lo Militar de nuestro Tribunal Supremo deberá afrontar en los venideros procesos de revisión.

2. LA EUROPEIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Uno de los fenómenos jurídicos de mayor relevancia en el ordenamiento jurídico español en las últimas décadas ha sido la europeización⁵ de los derechos fundamentales por una doble vía: a) la incorporación de España a las antiguas Comunidades Europeas (actual Unión Europea)⁶, con la ac-

⁵ Sobre la existencia e interacción de los tres niveles de protección: estatal, europeo y convencional, nos remitimos al trabajo de Muñoz Machado, S.: «Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales en la Unión Europea: problemas de articulación», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 50, 2015, pp. 195-230.

⁶ Alguna de la normativa de la UE de incidencia en la actuación de la jurisdicción militar es la siguiente: Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales. Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad. Directiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal. Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea. También algunas decisiones marco, sin ánimo de exhaustividad: Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal. Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea. En materia de derechos por la aplicación de la Carta

ción pretoriana del Tribunal de Luxemburgo⁷ y la vigente Carta Europea de Derechos Fundamentales; y b) por la pertenencia de España desde 1979 al CEDH⁸, celebrado en Roma, el 4 de noviembre de 1950 y la incidencia del denominado acervo convencional⁹, *acquis conventionnel* (conformado por el Convenio Europeo y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo). Conviene dejar sentado que el TEDH es un tribunal internacional, no un tribunal supranacional, como lo es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que goza de competencias derivadas de la Constitución *ex art.* 93 CE y cedidas por España de manera voluntaria.

Además, el art. 10.2 de la Constitución española obliga a todos los tribunales a interpretar los derechos fundamentales y libertades de manera conforme con el CEDH: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España»¹⁰.

Desde 1979 hasta finales de 2014, el TEDH ha resuelto 131 demandas contra el Reino de España¹¹ declarando que nuestro país ha violado alguno

Europea de Derechos Fundamentales a través de la interpretación realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

⁷ Sobre este particular, López Barja de Quiroga, J. (2014): «El valor vinculante de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su relación con la jurisdicción militar», *Revista Española de Derecho Militar* 102, pp. 73-87.

⁸ Un estudio sistemático en la obra colectiva AA. VV. (2015): *Comentario al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Lasagabaster Herrarte, I. (dir.), 3.^a ed., Cizur Menor, Civitas.

⁹ Acervo vivo y en continuo cambio, tanto por la reforma del Convenio y sus Protocolos como por la transformación de la jurisprudencia. Canosa Usera, R. (2009): «La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos», AA. VV., *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, CEPC, pp. 79-112.

¹⁰ Para un cabal entendimiento del alcance e implicaciones del artículo 10.2 en relación con el TEDH resulta insustituible el trabajo de Saiz Arnaiz, A. (1999): *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.

¹¹ A pesar de lo que ciertas voces propagan, España es, en términos absolutos y relativos, uno de los países con menor número de sentencias condenatorias: «En el año 2012, se dictaron por el TEDH un total de 1.093 sentencias, diez de ellas en casos contra España. Es decir, el 1% de las sentencias para un país al que le corresponde el 5% de la población de los Estados parte del Convenio. Un término de comparación muy empleado en las estadísticas del TEDH se refiere al número de demandas atribuidas a una formación judicial del Tribunal por cada 10.000 habitantes. En el año 2012, la media de los Estados del Convenio fue de 0,79 demandas por diez mil habitantes. El país que menor ratio tiene es Irlanda, con 0,12; el segundo con índice más bajo es España, con 0,15. Estados próximos por muchas razones al nuestro, como Alemania (0,18), Francia (0,21), Bélgica (0,24), Reino Unido (0,28) e Italia

de los derechos consagrados en el CEDH en 84 ocasiones (64% del total)¹². Según la última estadística del propio Tribunal¹³, en el periodo 1979-2015 se han dictado 86 sentencias condenatorias a España (total o parcial) sobre un total de 135 asuntos¹⁴ (63,7% del total)¹⁵.

El CEDH¹⁶ es un tratado internacional de los comprendidos en el art. 94.1.c) CE, por afectar a los derechos fundamentales del Título de la Constitución. Como norma internacional establece obligaciones para el Reino de España, que resulta vinculado por las acciones u omisiones de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial (art. 29 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales).

La parte dogmática del Convenio de Roma ocupa los artículos 2 a 18 y consagra los siguientes derechos y libertades: el derecho a la vida (art. 2), la prohibición de la tortura y de los tratos o penas inhumanos o degradantes (art. 3), la prohibición de la esclavitud y los trabajos forzados (art. 4), el derecho a la libertad y la seguridad (art. 5), el derecho a un proceso equitativo (art. 6), el principio de legalidad penal (art. 7), el derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8), la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 9), la libertad de expresión (art. 10), la libertad de reunión y asociación (art. 11), el derecho a contraer matrimonio (art. 12), el derecho a un recurso efectivo (art. 13), la prohibición de la discriminación (art. 14), derogación en caso de estado de excepción (art. 15), restricciones a la actividad política de

(0,53), superan claramente la cifra española. En los últimos años, el total de demandas contra España que llegan al TEDH oscila entre 650 y 800». En Saiz Arnaiz, A. (2015): «La protección de los derechos fundamentales en la jurisdicción ordinaria: una visión desde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», AA. VV., La protección jurisdiccional de los derechos. Actas del XI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 63-64.

¹² Rodríguez Boente, S. E. (2015): 83 argumentos que convencen al Tribunal Europeo de Derechos Humanos: jurisprudencia que afecta a España, Cizur Menor, Aranzadi, p. 19.

¹³ Se puede acceder a su versión inglesa que comprende todos los datos del periodo 1959-2015 en: http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2015_ENG.pdf (última consulta: 25-11-2016).

¹⁴ En 43 casos no se declaró ninguna violación del CEDH. Existieron tres acuerdos amistosos y tres resoluciones que no entraron en el fondo.

¹⁵ De entre las sentencias condenatorias: 42 son relativas al derecho a un juicio equitativo (48,8%), 13 sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (15,1%), 10 sobre el derecho a la intimidad (11,6%), 8 sobre la falta de investigación efectiva (9,3%), 5 sobre el derecho a la libertad y a la seguridad (5,8%), 4 sobre libertad de expresión, 4 sobre derecho a no ser discriminado y 4 sobre vulneración del principio de legalidad penal (4,6%, respectivamente), 2 sobre el Protocolo adicional I: derecho de propiedad (2,3%), otras 2 sobre otros derechos distintos a los anteriores (2,3%) y 1 sobre el derecho a un recurso efectivo del art. 13 CEDH (1,15%).

¹⁶ Convenio firmado por España el 24 de noviembre de 1977 y ratificado por Instrumento de 26 de septiembre de 1979.

los extranjeros (art. 16), prohibición del abuso de derecho (art. 17) y limitación de la aplicación de las restricciones de derecho (art. 18).

El Protocolo I, de 1952, también denominado Protocolo Adicional, garantiza el derecho de propiedad, el derecho a la educación y el derecho a elecciones libres. El Protocolo II, de 1963, atribuyó al TEDH la facultad para dictar opiniones consultivas. El Protocolo III, de 1963, modificó los preceptos dedicados a la Comisión. El Protocolo IV, de 1963, proscribió la prisión por incumplimiento de obligaciones contractuales, reconoce el derecho a la libre circulación, prohíbe la expulsión de nacionales y las expulsiones colectivas de extranjeros. El Protocolo V, de 1966, reformó la composición de la Comisión y del Tribunal. El Protocolo VI, de 1983, abolió la pena de muerte excepto en tiempos de guerra o de peligro inminente de guerra. El Protocolo VII, de 1984, que enumera las garantías de procedimiento en caso de expulsión de extranjeros, reconoce el derecho a un doble grado jurisdiccional en materia penal, el derecho a indemnización en caso de error judicial, el derecho a no ser juzgado o castigado dos veces y la igualdad entre esposos. El Protocolo VIII, de 1985, dedicado a la organización del Tribunal y de la Comisión. El Protocolo IX, de 1990, sobre las competencias del Tribunal. El Protocolo 10, de 1992, reformó el art. 32 CEDH. El Protocolo 11, de 1994, modificó de manera importante el mecanismo de garantía de los derechos convencionales. El Protocolo 12, de 2000, establece una prohibición general de discriminación en el ejercicio de todo derecho garantizado por la ley. El Protocolo 13, de 2002, prohíbe la pena de muerte en toda circunstancia de tiempo y lugar. El Protocolo 14, de 2004¹⁷, reformó la organización interna del Tribunal, las competencias de sus diferentes órganos y habilita la adhesión al Convenio por la Unión Europea¹⁸.

El Protocolo 15, de 24 de junio de 2013, modifica los requisitos de edad y el mandato de los jueces, limita el plazo de interposición de la demanda a cuatro meses y menciona expresamente los principios de subsidiariedad y de margen de apreciación¹⁹. El Protocolo 16, de 2 de octubre de 2013, incorpora

¹⁷ Cano Palomares, G. (2012): «La existencia de un perjuicio importante como nueva condición de admisibilidad tras la entrada en vigor del Protocolo núm. 14 al CEDH», *Revista Española de Derecho Europeo* 42, pp. 49-73. Y una aproximación crítica a la reforma en Pastor Ridruejo, J. A. (2004): «El protocolo número 14 a la Convención Europea de Derechos Humanos: ¿estamos ante la reforma que necesita el tribunal?», *Revista Española de Derecho Internacional LVI-1*, pp. 141-149.

¹⁸ Sobre este protocolo, *vide* Chicharro Lázaro, A. (2012): «El protocolo n.º 14 al Convenio Europeo de Derechos Humanos: Revisión del sistema y credencial para la adhesión de la Unión Europea», AA. VV., *Liber Amicorum profesor José Manuel Peláez Marón: Derecho Internacional y Derecho de la Unión Europea*, Córdoba, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, pp. 141-166.

¹⁹ *Vide* García Roca, J. (2010): El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, Cizur Menor, Civitas.

la posibilidad de formular una cuestión prejudicial potestativa y con carácter no vinculante al TEDH por parte de los tribunales que cada Estado determine. Los Protocolos 15 y 16 se encuentran pendientes de recibir un número suficiente de firmas y ratificaciones para su entrada en vigor.

3. LO MILITAR EN LA JURISPRUDENCIA ESTRASBURGUENSE

En términos generales y según los arts. 117.5 CE y 4 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (LOCOJM), la jurisdicción militar se extiende a materia penal, tutela jurisdiccional en vía disciplinaria y demás materias que, en garantía de algún derecho y dentro del ámbito estrictamente castrense, vengan determinadas por las leyes, así como las que establezca la declaración de estado de sitio.

El Convenio de Roma y sus protocolos son de aplicación al personal militar²⁰, pero con algunas modulaciones²¹ debido a las peculiaridades existentes en las Fuerzas Armadas y a las necesidades de defensa de los Estados miembros²².

Numerosas sentencias del TEDH se han ocupado del derecho militar (derechos sustantivos²³, penal y disciplinario) en tiempo de paz y, algunas, de ciertos aspectos relacionados con la eventual aplicación del CEDH en tiempo de conflicto bélico²⁴.

²⁰ Dos trabajos específicos y de interés sobre este objeto son los de Peñarrubia Iza, J. M.^a (2002): «Las principales decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el personal militar», *Revista Española de Derecho Militar* 79, pp. 29-60; y Ripol Carulla, S. (2007): «La Justicia Militar española ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Militar* 89, pp. 15-48.

²¹ Llevadas a cabo en derecho interno mediante las reservas oportunas al tratarse de un instrumento de Derecho internacional.

²² Un estudio comparativo incluyendo a diez países y sus respectivos ordenamientos militares en AA. VV. (2003): *European Military Law Systems*, Nolte, Georg (edit.), Berlín, De Gruyter Recht. Existe una edición actualizada a 2012.

²³ En contraposición a las garantías procedimentales y procesales. Por ejemplo, la vulneración del derecho a la vida privada del art. 8.1 CEDH en la jurisprudencia sobre expulsados por su condición sexual de la Royal Navy o la Royal Air Force británicas.

²⁴ En cuanto a las relaciones entre el CEDH y el derecho internacional humanitario, las cláusulas de suspensión del art. 15 y la aplicación extraterritorial del mismo, por ejemplo, a las tropas participantes en misiones internacionales (casos Behrami y Saramati de 2007); *vide* Nieto Martín, A. (2011): «Los derechos humanos en el derecho penal militar y en la guerra (la jurisprudencia del TEDH y los conflictos armados)», AA. VV., *Estudios de derecho penal: en memoria del prof. Juan José Bustos Ramírez*, México, Ubijus, pp. 921-942.

La jurisprudencia estrasburguesa, junto a otras, ha posibilitado garantizar que los sistemas penal y disciplinario militar en España tiendan a ser parangonables a nivel de garantías con sus correspondientes en la esfera civil (con las modulaciones necesarias).

Uno de los primigenios *leading case* en esta materia es la STDH de 8 de junio de 1976, caso Engel contra Holanda, que parte del principio de que «cada Estado es competente para organizar su sistema de disciplina militar gozando en la materia un cierto margen de apreciación. Los límites que a los Estados les impone el artículo 5 no son idénticos para civiles y militares»²⁵. Sin embargo, ello no supone una habilitación ilimitada para restringir los derechos fundamentales de los uniformados, tal como se declaró en la STEDH de 27 de septiembre de 1999, caso Smith y Grady contra Reino Unido: «El Tribunal estima, así mismo, que el Estado puede imponer restricciones al derecho de una persona al respeto de su vida privada allí donde exista una amenaza real para la eficacia operativa de las Fuerzas Armadas, ya que no se concibe el buen funcionamiento de un ejército sin reglas jurídicas destinadas a impedir que el personal militar le perjudique. Sin embargo, las autoridades nacionales no pueden apoyarse en tales reglas para poner obstáculos a los miembros de las Fuerzas Armadas en el ejercicio de su derecho al respeto a su vida privada, que se aplica tanto a los militares como a las otras personas que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado. Además, las afirmaciones en cuanto a la existencia de un riesgo para la eficacia operativa deben ser “apoyadas por ejemplos concretos” (véanse, *mutatis mutandis*, sentencias Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs y Gubi, pág. 17, aps. 36 y 38, y Grigoriades, pp. 2589-2590, ap. 45», ap. 90.

En un conjunto de sentencias contra el Reino Unido relativas a procedimientos disciplinarios, cuestionando la independencia e imparcialidad del tribunal militar, el TEDH exige la existencia de un tribunal independiente e imparcial desde la primera instancia del procedimiento, aunque pudiesen entenderse subsanados algunos de los vicios cometidos en la primera instancia en instancias ulteriores (SSTEDH Findlay; Cable; Moore, y Gordon)²⁶.

En esta serie de asuntos que definen las garantías de independencia e imparcialidad aplicables a la justicia militar en procesos a personal militar, el TEDH ha decantado jurisprudencialmente las garantías del artículo 6 CEDH aplicables a los tribunales castrenses. Los casos contra Gran Bretaña ilustran el diálogo entre las autoridades nacionales y el TEDH. El precedente que guiará gran parte de esta jurisprudencia es la STEDH Findlay

²⁵ Parada Vázquez, J. R. (1992): «Toque de silencio por la justicia militar», Revista de Administración Pública 127, p. 38.

²⁶ Moreno Trapiella, P. (2013): «La aplicación del artículo 6 CEDH en el procedimiento administrativo sancionador», Revista Española de Derecho Administrativo 157, p. 54.

contra Reino Unido de 1997, en la que se analiza la compatibilidad de la estructura de las *Martial Courts*.

El TEDH resolvió que tanto el rol del oficial convocante como la particular situación de los miembros de la Corte Marcial vulneraban las debidas garantías de independencia e imparcialidad exigidas por el artículo 6. Esta decisión produjo un impacto considerable que llevó al Reino Unido a reformar el sistema de Cortes Marciales para las Fuerzas Armadas británicas²⁷, en un intento de elevar sustancialmente los estándares de independencia e imparcialidad. En *Morris contra Reino Unido*, de 2002, el TEDH tuvo la oportunidad de revisar el sistema de Cortes Marciales tras las reformas de 1996, detectando nuevamente infracciones del Convenio²⁸.

En relación con que los tribunales no se encuentren sometidos a obediencia jerárquica ni a supervisión por parte de sus superiores, son significativas las SSTEDH *Incal contra Turquía*, de 9 de junio de 1998²⁹, y *Cooper contra el Reino Unido*, de 16 de diciembre de 2003³⁰.

De las sentencias condenatorias al Reino de España en el ámbito de la justicia militar nos ocuparemos *ut infra*: SSTEDH *Castillo Algar*, de 28 octubre de 1998³¹; *Perote Pellón*, de 25 de julio de 2002, y *Dacosta Silva*³², de

²⁷ Lorenzo Ponce de León, R. (2008): «Impacto de la jurisprudencia del TEDH en la justicia militar británica y su interrelación con la de otros países del mundo anglosajón», *Revista Española de Derecho Militar* 91, pp. 85-140.

²⁸ Un análisis de los estándares internacionales de derechos humanos aplicables a los sistemas de justicia militar, en materia de independencia e imparcialidad de los tribunales focalizado en cuatro subsistemas internacionales y regionales de protección de los derechos humanos: el Comité de Derechos Humanos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Contreras V., P. (2011): «Independencia e imparcialidad en sistemas de justicia militar: estándares internacionales comparados», *Estudios Constitucionales* 2, pp. 191-248. A partir del análisis comparativo, se definen tres estándares de independencia e imparcialidad aplicable a tribunales militares: la exclusión de civiles de la justicia militar, la restricción *ratione materiae* de su competencia y la definición de garantías de independencia e imparcialidad en el fuero militar. El estudio del CEDH y del TEDH en *op. cit.*, pp. 222 y ss.

²⁹ En la que se proscribe el juzgamiento de civiles por parte de tribunales militares.

³⁰ La jurisdicción militar en el marco del CEDH sintetizando los criterios en relación con el artículo 6 CEDH en Matamoros Martínez, R. (2015): «Los límites de la jurisdicción militar», AA. VV., *Estudios sobre derecho militar y defensa*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 321-323.

³¹ Un comentario de la sentencia por un magistrado de la Sala de lo Militar, en Corrales Elizondo, A. (2001): «Aproximación al Estado actual del problema de la denominada contaminación en el proceso penal», *Revista Española de Derecho Militar* 77, pp. 135-172.

³² Para profundizar véase Pérez Sola, N. (2008): «El régimen disciplinario de la Guardia Civil y su compatibilidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos: a propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Dacosta Silva v. España*», *Revista de Derecho Político* 71-72, pp. 675-699, y Ripol Carulla, S. (2013): «Da-

2 de noviembre de 2006. Las dos primeras en relación al art. 6 y la tercera al art. 5 del CEDH. A las que se puede añadir la STEDH Puig Panella³³, de 25 de abril de 2006, por su conexión mediata con la jurisdicción castrense.

Más recientemente, sendas sentencias de 2 de octubre de 2014, casos Matelly y Adefromil (TEDH, Sección 5.^a)³⁴, han abordado la cuestión de los confines de la prohibición de la libertad sindical y las restricciones del derecho de asociación en las Fuerzas Armadas en Francia. La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (Sección 1.^a), en sentencia de 11 de marzo de 2015, desestimó la demanda promovida en reclamación de solicitud de depósito del acta de constitución y estatutos del Sindicato Unificado de la Guardia Civil (SUGC)³⁵, ya que los guardias civiles, según la normativa española, no pueden llevar a cabo actividades políticas o sindicales ni formar parte de partidos políticos o sindicatos.

4. TEORÍA GENERAL DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH: NATURALEZA JURÍDICA³⁶, OBLIGATORIEDAD Y EFECTOS

El TEDH³⁷, contrariamente a la función atribuida a los tribunales constitucionales de los Estados miembros que realizan un contraste entre dos

costa Silva c. España (STEDH de 2 de noviembre de 2006). Arresto domiciliario y derecho a la libertad», AA. VV., *Conflicto y diálogo con Europa: las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Cizur Menor, Civitas, pp. 113-130. De manera particular sobre las reservas españolas al Convenio: Manero Salvador, A. (2007): «El alcance restrictivo de las reservas al CEDH. Comentario de la sentencia Dacosta Silva contra España del TEDH», *Revista Española de Derecho Internacional* 1, pp. 386-389.

³³ Díaz Pérez de Madrid, A. (2006): «TEDH. Sentencia de 25 de abril de 2006, Puig Panella contra España, 1483/02. A propósito del régimen de responsabilidad patrimonial en materia de administración de justicia y su compatibilidad con el principio de presunción de inocencia», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 25, pp. 973-987.

³⁴ Un análisis sobre ambas y su falta de efectos en el ordenamiento español en Almen-dros González, M. A.: (2015): «El asociacionismo profesional militar», AA. VV., *Estudios sobre derecho militar y defensa*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 58-63.

³⁵ La restricción no es contraria al art. 11.2 del CEDH, porque España hizo reserva de aplicación de la norma en la medida en que fuera incompatible con los artículos 28 y 127 de la CE.

³⁶ Fernández Sánchez, P. A. (2009): «Naturaleza jurídica de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en AA. VV., *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, CEPC, pp. 171-197.

³⁷ Un examen de los aspectos prácticos del Tribunal con más de 30 entrevistas a jueces del CEDH y análisis cualitativos de su jurisprudencia proporciona una comprensión de cómo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo interpreta el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en Dzehtsiarou, K. (2015): *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press.

normas (Constitución por un lado y Ley por otro) y extraen una consecuencia jurídica, no lleva a cabo una uniformización, sino una armonización de las garantías, derechos y libertades existentes en Europa³⁸. Ello tiene serias implicaciones en el canon o parámetro de control que ejerce en su función contenciosa³⁹. Primeramente conviene dejar claro que el CEDH y sus protocolos son un mínimo y no un máximo para la delimitación de los derechos fundamentales, y que por mor de los principios de subsidiariedad y margen de apreciación⁴⁰, España y el resto de Estados miembros del Convenio poseen cierta autonomía para alcanzar el umbral derivado del mismo y para escoger los medios adecuados (aunque bajo la verificación del propio TEDH).

El artículo 46.1⁴¹ del CEDH, que lleva por rúbrica la de fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias, tiene el siguiente tenor literal: «Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes». En el apartado segundo del citado precepto se atribuye la facultad de velar por su debido cumplimiento al Comité de Ministros⁴².

El alcance de la fuerza obligatoria de la jurisprudencia convencional ha sido objeto de numerosa doctrina jurisprudencial y científica. Existe una idea generalizada⁴³ de que las sentencias del Tribunal de Estrasburgo son declarativas porque únicamente declaran la vulneración del Convenio sin imponer una concreta obligación a la Alta Parte Contratante⁴⁴, con la salvedad de las que en aplicación del artículo 41 CEDH imponen una

³⁸ Saiz Arnaiz, A. (1999): La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, pp. 145 y ss.

³⁹ Que supone la no contradicción entre el CEDH y la normativa nacional enjuiciada. Véase Queralt Jiménez, A. (2008): La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional, Madrid, CEPC, p. 104.

⁴⁰ Incorporados al Protocolo 15, que a día de hoy está pendiente de ratificación por algunos Estados.

⁴¹ Redacción vigente desde el 1 de junio de 2010, aunque la actual redacción se incorporó por el Protocolo 11, de 11 de mayo de 1994, con entrada en vigor el 1 de noviembre de 1998.

⁴² Asistido por el Secretariado del Consejo de Europa, en concreto por el servicio de ejecución de sentencias.

⁴³ Tal como expone el catedrático de Santiago de Compostela Carlos Ruiz Miguel, la cuestión de la ejecutividad de las sentencias de Estrasburgo se puede plantear desde dos perspectivas: internacional o interna. En Ruiz Miguel, C. (2016): «La STEDH sobre la doctrina Parot y el problema de la ejecución de las sentencias del TEDH», AA. VV., La tutela multinivel del principio de legalidad penal, Madrid, Marcial Pons, p. 384.

⁴⁴ Cabe recordar que existen sentencias con dos o más Estados demandados. En el caso de España, una única sentencia junto con Francia.

satisfacción equitativa⁴⁵, definitivas y obligatorias y que poseen un doble efecto: cosa juzgada y cosa interpretada.

5. LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH EN ESPAÑA: EN BUSCA DEL CAUCE PROCESAL OPORTUNO

La ejecución de las sentencias condenatorias en España⁴⁶ ha tenido una larga y problemática existencia⁴⁷. Tal como expone Queralt Jiménez⁴⁸, hasta octubre de 2014 (caso Del Río Prada)⁴⁹: «solo se había ejecutado en (sentido estricto) una STEDH en una ocasión: la archiconocida sentencia del TC en el caso Bultó»⁵⁰.

⁴⁵ Sobre los aspectos materiales, procesales y la ejecución de estas sentencias es de gran ayuda el trabajo de Díaz Abad, N. (2015): «La responsabilidad en el Derecho de la Unión Europea y la ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», AA. VV., Manual de responsabilidad pública, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 1387-1465. En especial, pp. 1453 y ss.

⁴⁶ Dos trabajos recientes del actual juez español en el TEDH son: López Guerra, L. M.^a (2015): «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y divergencias», AA. VV., Nuevas tendencias en la interpretación de los derechos fundamentales, Gimeno Sendra, José Vicente y Regueiro García, María Teresa (coords.), Cizur Menor, Civitas, pp. 21-44; y (2015): «La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», AA.VV, Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos. Una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales, Lima, Palestra Editores.

⁴⁷ Aunque de menor intensidad que en otros países al deberse mayormente a la falta de un cauce procesal oportuno más que a una falta de acatamiento: «Sin embargo, la ejecución de las sentencias por los Estados ha demostrado ser insatisfactoria, ya sea porque las medidas adoptadas son insuficientes, o porque algunos Estados se oponen frontalmente a acatar las sentencias del Tribunal» (traducción propia). En Forst, Déborah (2013): «The Execution of Judgments the European Court of Human Rights. Limits and Ways Ahead», Journal on International Constitutional Law, p. 1.

⁴⁸ Queralt Jiménez, A. (2016): «Crónica de una ejecución anunciada: la efectividad de la STEDH Del Río Prada en España», en AA. VV., La tutela multinivel del principio de legalidad penal, Madrid, Marcial Pons, p. 359.

⁴⁹ *Vide* Sánchez Tomás, J. M. (2014): «La Doctrina Parot ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: derechos a la legalidad penal y a la libertad (STEDH Del Río Prada vs. España, de 21-10-2013)», Revista Española de Derecho Europeo 50, pp. 151-194. Cuerda Riezu, A. (2014): La Doctrina Parot, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la separación de poderes, Madrid, Iustel. Sobre el nacimiento y desarrollo de la doctrina Parot y muerte de la misma por obra de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, Del Río Prada contra España, de 21 de octubre de 2013, pp. 73 y ss.

⁵⁰ Una primera aproximación a la STC 245/1991, de 16 de diciembre, tras la condena por vulneración del art. 6 CEDH en la STEDH Barberà, Messegué y Jabardo contra España, en Escobar Hernández, C. (1992): «Problemas planteados por la aplicación en el ordenamiento español del caso Bultó», Revista de Instituciones Europeas 1, pp. 139-164. Soria Jiménez, A. (1992): «La problemática ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de

Hasta la introducción de un cauce específico en la legislación procesal se exploraron diversas vías procesales para integrar a esta laguna normativa: a) el recurso de amparo; b) la nulidad de actuaciones, y c) el recurso de revisión⁵¹.

El recurso de amparo no ha tenido prácticamente virtualidad salvo en la citada STC 245/1991. No es materia que, por su propia naturaleza, sea susceptible del recurso de amparo, pues la función de este se circunscribe exclusivamente a la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución (y no todos los del CEDH o sus protocolos lo son: *i. e.*, el derecho de propiedad). El Tribunal Constitucional rechazó la aplicación de la doctrina al conocer el recurso de amparo en ejecución de la STEDH Perote Pellón en la STC 313/2005, al entender que la lesión del derecho fundamental no era actual, porque el coronel recurrente había cumplido la pena privativa de libertad⁵², y al no evidenciar la causalidad entre la violación del derecho a un juez imparcial y la condena impuesta por el tribunal militar.

Sin ánimo de exhaustividad, la nulidad de actuaciones fue descartada por la STS de la Sala V de 27 de enero de 2000⁵³. También por la STS de 20

Derechos Humanos. Análisis de la STC 245/1991 (asunto Barberà, Messegué y Jabardo)», *Revista Española de Derecho Constitucional* 36, pp. 313-356. Sobre la STEDH, Castro-Rial Garrone, F. (1989): «Consideraciones a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Barberá Messegué y Jabardo c. España», *Revista de Instituciones Europeas* 3, pp. 789-808.

⁵¹ Ragués i Vallés, R. (2010): «Recurso de revisión penal y jurisprudencia constitucional. A propósito del acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26-2-2009», en AA. VV., *Derecho penal del estado social y democrático de derecho: Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Madrid, La Ley, pp. 1041-1064, o Arangüena Fanego, C. (2009): «El cumplimiento de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la revisión de sentencias firmes», en AA. VV., *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, CEPC, pp. 289-325

⁵² Pero no la de pérdida del empleo ni la eventual cancelación de antecedentes penales.

⁵³ Recurso de Revisión núm. 42/1999, ponente: D. José Luis Bermúdez de la Fuente: «Ante la pretensión de la parte recurrente de revisar las sentencias dictadas por el Tribunal Militar Central el 25 de mayo de 1994 y por esta Sala Quinta el 14 de noviembre del mismo año, para así dar cumplimiento a la sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de octubre de 1998, que declaró haberse vulnerado con aquellas resoluciones judiciales el artículo 6.1 del Convenio, en cuanto reconoce el derecho de toda persona a que su Causa sea oída por un Tribunal imparcial, la primera pregunta y cuestión que hemos de plantearnos es si la vía procesal elegida por el recurrente, del recurso de revisión, es la adecuada para el fin pretendido de hacer efectivas las obligaciones derivadas del cumplimiento de la referida sentencia del citado Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH). Porque, según entiende la parte recurrente, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia que todo recurso de revisión conlleva, la interpretación restrictiva mantenida por la Jurisprudencia tradicional sobre los cuatro motivos de revisión que se contemplan en el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debe ceder ante la actitud

de noviembre de 1996⁵⁴ (Sala de lo Civil, recurso 1748/1988, ponente: D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), sentencia dictada a posteriori de la STE-DH de 9 de diciembre de 1994 en el caso Hiro Balani contra España. En su FJ primero se advierte que «se ha de decir de inmediato y tajantemente que la misma no tiene la más mínima posibilidad de éxito procesal, con arreglo a la normativa aplicable».

A *contrario*, el ATS de 13 de mayo de 2013 (Sala de lo Contencioso-Administrativo)⁵⁵ examinó una petición de retroacción de actuaciones en un recurso de casación basada en que el TEDH, en su sentencia de 15 diciembre 2009, declaró que la desestimación de ese recurso de casación, por apreciarse la concurrencia de una causa de inadmisión del mismo, vulneró el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Fundamentales. La Sala recapitula la doctrina jurisprudencial sobre los efectos de las sentencias estimatorias del TEDH en relación con las resoluciones judiciales firmes dictadas por los tribunales españoles, recordando que dichas sentencias tienen carácter declarativo y no anulan ni modifican por sí mismas los actos (en este caso sentencias) declarados contrarios al Convenio, esto es, son resoluciones sin efecto directo anulatorio ni ejecutoriedad a cargo de los tribunales españoles. Ahora bien, el Tribunal Constitucional ha matizado el rigor de esta doctrina, bien que de forma casuística, puntualizando que el hecho de que el Convenio europeo no obligue a España a reconocer en su ordenamiento jurídico la fuerza ejecutoria directa de las decisiones del TEDH, ni tampoco a introducir reformas legales que permitan la revisión

abierta y expansiva que se deriva de la doctrina del Tribunal Constitucional, establecida en las sentencias 124/1984 de 18 de diciembre y 150/1997 de 29 de septiembre, esta última en relación con la sentencia 111/1993 del mismo Tribunal, así como de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo [...]. Aceptó la Sala Segunda del Tribunal Supremo esa doctrina del Tribunal Constitucional, sobre una interpretación más flexible del concepto de “hecho nuevo”, a que se refiere el núm. 4.º del artículo 954, siempre mencionado, tanto en las sentencias de 3 de febrero y 6 de mayo de 1998; pero hizo una mayor precisión en la sentencia de 13 de febrero de 1999, al decir, en el último párrafo de los Fundamentos de Derecho, que “la tesis que se ha mantenido sobre el valor de la jurisprudencia como causa de revisión de las sentencias debe entenderse en un sentido limitado, ya que su efecto revisor solo entraría en juego en aquellos supuestos en que el cambio jurisprudencial dé lugar a la despenalización total o destipificación de algunos supuestos o conductas determinadas”. Por lo tanto, el recurso de revisión penal ordinario, salvo el supuesto excepcional admitido por las sentencias y Autos de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo que hemos mencionado, no es medio adecuado para otros fines que no sean la modificación fáctica prevista en los cuatro apartados del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», FJ 1.º.

⁵⁴ Un comentario sobre la misma, en Izquierdo Sans, C. (1997): «El carácter no ejecutivo de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (comentario a la STS, 1.ª, del 20 de noviembre de 1996)», *Derecho Privado y Constitución* 11, pp. 355-377.

⁵⁵ Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, incidente de nulidad de actuaciones 4386/1998, ponente: D. Mariano de Oro-Pulido López.

judicial de las sentencias firmes a consecuencia de la declaración por el Tribunal de la violación de un derecho de los reconocidos por el Convenio, no implica la carencia de todo efecto interno de la declaración realizada por dicho Tribunal sobre la existencia de infracción de un derecho reconocido en el Convenio. Así las cosas, entiende el Tribunal Supremo que: «conjugando, pues, la regla general y el matiz o salvedad a la misma, cabe concluir que una vez declarada por sentencia del propio TEDH una violación de un derecho reconocido por el CEDH que constituya asimismo la violación actual de un derecho fundamental consagrado en nuestra Constitución, la posibilidad de dar a la sentencia estimatoria del TEDH una operatividad práctica en forma de efecto anulatorio requiere como presupuesto necesario que la vulneración del derecho fundamental declarada por la sentencia del TEDH siga siendo “actual” y consiguientemente precise de la adopción de medidas para poder corregir y reparar satisfactoriamente la violación de ese derecho fundamental (FJ 3.º, *in fine*, de la citada STC 197/2006), no siendo ocioso recordar que la concesión por el TEDH de una compensación económica o reparación equitativa permite por lo general entender desaparecida la actualidad de la infracción. Ahora bien, aun constatada la existencia de una infracción actual en los términos expuestos, se hace preciso determinar si existe en el Ordenamiento interno español un cauce procesal adecuado para dar lugar a ese efecto anulatorio, pues aun asumiendo la necesidad de que las sentencias del TEDH tengan funcionalidad práctica y no se limiten a meras declaraciones carentes de trascendencia para los beneficiados por ellas, de poco sirve esta toma de posición si no se dispone de mecanismos procesales que permitan dar a las resoluciones del TEDH la operatividad que se les quiere atribuir».

Se valoró por la Sala 3.^a la reforma del incidente de nulidad de actuaciones operada por la Ley Orgánica 6/2007 de 24 de mayo, y aprecia que la nueva caracterización legal del incidente: «dada la amplitud de la referencia que contiene a la vulneración de derechos fundamentales, abre la puerta a la posibilidad de incluir en su seno, como causa de nulidad invocable a través del mismo, las infracciones de tales derechos que se constatan y declaran por obra de una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». Concluyó el Tribunal Supremo en este auto que, «a la espera de que el Legislador aborde esta cuestión de una vez por todas mediante una reforma de las leyes procesales que regule de forma clara y expresa un cauce procesal a través del cual reclamar el posible efecto anulatorio de las sentencias estimatorias del TEDH, ha de entenderse que en nuestro Ordenamiento Jurídico interno la nulidad de actuaciones del tan citado artículo 241 LOPJ es el único procedimiento adecuado para dar lugar un pronun-

ciamiento de esta índole, pues realmente no hay en las leyes procesales ningún otro cauce útil para llegar a la misma conclusión», FJ 3.º.

El TC y el TS eran renuentes inicialmente a considerar que una determinada sentencia condenatoria del TEDH pudiera constituir un «hecho nuevo»⁵⁶ a los efectos del recurso extraordinario de revisión. Pero gradualmente fueron aceptando dicha posibilidad por el principio *pro actione*. La STC 240/2005 adopta este criterio pero desestima el amparo.

A continuación un breve *excursus* sobre diferentes actuaciones previas a la aprobación de un mecanismo procesal oportuno para la ejecución de las SSTEDH.

5.1. INFORME DEL CONSEJO DE ESTADO DE 14 DE FEBRERO DE 2008

Con fecha 24 de febrero de 2007 tuvo entrada en el Consejo de Estado el escrito por el que el Gobierno encomendó al Alto órgano consultivo⁵⁷ la elaboración de un estudio⁵⁸ sobre las cuestiones que para la Administración General del Estado plantea la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento jurídico español. El tema central de la consulta hacía referencia a la pertenencia de España a la Unión Europea y a la inserción en el Derecho español del Derecho de la UE. Sin embargo, el Gobierno también introdujo en su consulta una referencia al Consejo de Europa⁵⁹. Esta cuestión es objeto de consideración en la parte segunda del Informe del Consejo de Estado, ocupando solo el capítulo VI, frente a los cinco capítulos en que se divide la parte primera, «que es sin duda la cen-

⁵⁶ Sobre este particular, Pulido Quecedo, M. (2005): «¿Puede considerarse “hecho nuevo” una STEDH a los efectos de recurso de revisión penal?», Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional 16, pp. 9-12.

⁵⁷ Se puede consultar en: <http://www.consejo-estado.es/pdf/Europa.pdf> (última consulta, 30-3-2016).

⁵⁸ Un trabajo sobre los aspectos más relevantes del Informe en Ripol Carulla, S. (2008): «La recepción de los actos normativos del Consejo de Europa y de las sentencias del TEDH en el derecho español: a propósito del informe del Consejo de Estado sobre la inserción del derecho europeo en el derecho español», Revista Española de Derecho Europeo 28, pp. 475-498.

⁵⁹ Lo hizo en los siguientes términos: «Aunque los cambios inducidos por nuestra incorporación al proceso de integración europea son sin duda los más importantes, no son los únicos. También nuestra pertenencia al Consejo de Europa significa una muy relevante incidencia sobre nuestro sistema jurídico, especialmente en virtud de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, cuya interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 vincula a los jueces españoles a tenor de lo que dispone el artículo 10.2 de la Constitución. [...] Finalmente, el estudio debería también incorporar la consideración de la posición de España como miembro del Consejo de Europa, tanto respecto de las normas adoptadas en su seno como, muy especialmente, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las formas de garantizar la eficacia de sus resoluciones».

tral» (pág. 10). El capítulo VI, titulado «Algunas reflexiones sobre el papel del Consejo de Europa en la construcción europea», se estructura en seis apartados, sobre una triple cuestión: a) la posición de España como miembro del Consejo de Europa respecto de las normas aprobadas en su seno (apartados 1 a 3); b) la posición de España como miembro del Consejo de Europa respecto de la jurisprudencia del TEDH y las formas de garantizar la eficacia de su jurisprudencia (apartados 4 y 5), y c) la «incidencia del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en el Derecho de la Unión Europea (CEDH): el control de las instituciones comunitarias por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos». La tercera cuestión no fue expresamente formulada por el Gobierno; el Alto órgano consultivo la introdujo en el entendido de que las cuestiones planteadas, «sin perjuicio de la problemática que por sí mismas comportan, deben analizarse sin perder de vista las mutuas interacciones que puedan existir en su relación con el ordenamiento y las instituciones comunitarias que constituyen el objeto primero y principal de la consulta» (pág. 267). La parte segunda del Informe se ha realizado, siguiendo las indicaciones del Gobierno, «desde una perspectiva práctica» (pág. 8). Es por ello que el Informe se centra fundamentalmente «en el análisis de la estructura y los procedimientos de actuación de la Administración General del Estado». Con todo, en la parte relativa al Consejo de Europa cobra mayor importancia el análisis de la actuación de los órganos judiciales (pág. 9). Por idéntico motivo, el Informe incluye un capítulo final (Conclusiones) que «ofrece, de manera sintética, la respuesta a las cuestiones planteadas por el Gobierno y recoge las sugerencias que el Consejo formula como remedio posible para las debilidades organizativas o procedimentales detectadas en el análisis» (pág. 10). Los últimos párrafos de este capítulo final se refieren a las cuestiones planteadas en relación con el Consejo de Europa e incluyen dos propuestas: la introducción en el derecho español de un mecanismo para la ejecución de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo (pág. 366) y la inclusión en el procedimiento de elaboración de disposiciones normativas de un trámite específico que valore la compatibilidad de su contenido con la jurisprudencia del TEDH o bien la encomienda de este análisis a alguno de los órganos que informan en dicho procedimiento (pág. 367). Para el Consejo de Estado, el recurso de revisión no resulta un mecanismo adecuado porque las STEDH no son hechos nuevos⁶⁰, porque los motivos legales que lo justifican son de interpretación estricta y entre ellos no se contemplan las sentencias del TEDH, que no pueden considerarse a tal efecto como un «hecho nuevo» (pág. 308).

⁶⁰ A pesar de que sí lo son para el TC. Véase la STC 240/2005, de 10 de octubre, en un recurso de revisión penal denegado tras sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que es hecho nuevo (STC 159/1997) pero irrelevante.

5.2. ACUERDO DEL PLENO NO JURISDICCIONAL DE LA SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2013

Tras la sentencia del TEDH de 21 de octubre de 2013, caso Del Río Prada contra España, y en relación con las condenas que se estén ejecutando con arreglo al Código Penal derogado de 1973, se acuerda en su apartado 3 lo siguiente: «El Tribunal considera necesario que el Poder legislativo regule con la necesaria claridad y precisión el cauce procesal adecuado en relación con la efectividad de las resoluciones del TEDH».

5.3. ACUERDO DEL PLENO NO JURISDICCIONAL DE LA SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE OCTUBRE DE 2014

En este Acuerdo que versa sobre la viabilidad del recurso de revisión como vía procesal para dar cumplimiento a las resoluciones del TEDH en que se haya declarado una vulneración de derechos fundamentales que afecten a la inocencia de la persona concernida, se acuerda que: «En tanto no exista en el ordenamiento jurídico una expresa previsión legal para la efectividad de las sentencias dictadas por el TEDH que aprecien la violación de un derecho fundamental del condenado por los Tribunales españoles, el recurso de revisión del art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cumple este cometido»⁶¹.

5.4. ATS DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2014 Y SSTTS DE LA SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO (12 DE MARZO, 26 DE MARZO Y 19 DE MAYO DE 2015)

Con anterioridad a la reforma de la LOPJ y de la legislación procesal para incorporar al recurso de revisión una previsión para que sea el mecanismo procesal oportuno, el ATS de 24 de noviembre de 2014 y tres sentencias⁶² han abordado un juicio de revisión promovido para la efectividad

⁶¹ Saiz Arnaiz critica la descuidada redacción al no existir coherencia entre el párrafo primero y la parte dispositiva; y que la Sala Segunda se comporte como órgano legislativo y no judicial ya que el acuerdo por sus efectos supone una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Activismo que también llevó a cabo el Tribunal Constitucional italiano en su sentencia de 4 de abril de 2011. En Saiz Arnaiz, A. (2015): «El recurso de revisión penal y la ejecución de las sentencias condenatorias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una visión desde dentro. En homenaje al juez Josep Casadevall*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 204.

⁶² En esta monografía a cargo del presidente de la Sala de lo Penal del TS y de un catedrático de Derecho Procesal y abogado se analizan las mismas: Marchena Gómez, M. y

de distintos procedimientos del TEDH y solo una de ellas ha implicado la rescisión íntegra de la sentencia firme ya dictada y consiguiente absolución del recurrente. En la STS 145/2015, de 12 de marzo (STEDH Almenara Álvarez contra España), se da un alcance más restringido por el TS a la sentencia de Estrasburgo tras interpretar su parágrafo 49. En la STS 177/2015, de 26 de marzo, instado en ejecución de la STEDH Llop García contra España, se recobra la eficacia de la sentencia absolutoria de la Audiencia Provincial. En la tercera, STS 330/2015, de 19 de mayo (STEDH Serrano Contreras contra España)⁶³, se anula la condena por falsedad en documento oficial manteniendo las condenas por falsedad en documento mercantil y estafa. Esta última sentencia, aunque no supone la absolución de todos los cargos, sí resulta de interés para fijar las consecuencias de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en revisión y los efectos en relación con la sentencia condenatoria del TEDH (FJ 3.º): «Como ya se decía en el Auto de 24 de noviembre de 2014, en estas mismas actuaciones, esta Sala ha entendido que en los casos en los que el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo dicte sentencia en la que aprecie que a un condenado por los Tribunales españoles se le ha vulnerado con la condena un derecho reconocido en el Convenio, e igualmente en la Constitución como un derecho fundamental, es posible acudir al llamado recurso de revisión de los artículos 954 y siguientes de la LECrim con la finalidad de hacer efectiva la mencionada resolución en la medida procedente, evitando una lesión actual de los derechos del ciudadano.

No se ha de interpretar esta posibilidad en el sentido de que en todo caso, si el TEDH ha apreciado la vulneración de un derecho reconocido en el CEDH, haya de estimarse directamente la demanda y deba acordarse mecánica e ineludiblemente la nulidad de la sentencia cuya revisión se pretende. Pues la sentencia estimatoria del TEDH no acuerda la nulidad o la revocación de la sentencia interna, sino que se limita a declarar la vulneración de un derecho reconocido en el Convenio, aunque pueda contener, como ocurre cada vez con más frecuencia, una modalidad concreta de reparación o una satisfacción equitativa, como prevé el artículo 41 del Convenio. [...]

González-Cuéllar Serrano, N. (2015): La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015, Madrid, Castillo de Luna, pp. 577-581.

⁶³ Saiz Arnaiz denuncia la manipulación interesada de la STEDH por la STS de 19 de mayo y señala que la voluntad de la Sala por definir un criterio propio no puede llegar al extremo de leer en las sentencias del TEDH lo que este no ha escrito o de negar la evidencia de lo expresamente declarado. En Saiz Arnaiz, A. (2015): «El recurso de revisión penal y la ejecución de las sentencias condenatorias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una visión desde dentro. En homenaje al juez Josep Casadevall, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 210-211.

Pues es claro que la declaración de la existencia de vulneración de un derecho reconocido en el Convenio, bien en el desarrollo del proceso, bien en la obtención o práctica de una determinada prueba de cargo, no siempre determinará la nulidad de la sentencia condenatoria dictada contra quien acudió al Tribunal de Estrasburgo, pues puede que no haya sido afectado todo el proceso o que la declaración no se refiera a todas las pruebas, y que subsista material suficiente, independiente de la vulneración declarada, que autorice el mantenimiento de la condena, total o parcialmente. Será preciso, pues, en cada caso determinar el alcance de la declaración efectuada por ese Tribunal, en atención al contenido de su sentencia y de la sentencia que se pretende revisar. Y actualmente, al procederse a tal determinación a través de la revisión, la competencia corresponde a este Tribunal Supremo».

6. MODIFICACIÓN DE LEGISLACIÓN MILITAR O DE LA GUARDIA CIVIL COMO CONSECUENCIA DE LA ACTUACIÓN DEL TEDH

En varias ocasiones el legislador sectorial ha obrado a instancia de la jurisprudencia europea. Así, tras dos sentencias de 28 de octubre de 1998 (caso Castillo Algar⁶⁴) y 25 de julio de 2002 (caso Perote Pellón), modificó la Ley orgánica de competencia y organización de la jurisdicción militar, para solventar el problema imposible de evitar, a la vista de la estructura orgánica y composición de los tribunales militares antes de la reforma, de que entre los miembros del tribunal que integrasen la sala sentenciadora alguno de ellos hubiese intervenido en las actuaciones procesales previas⁶⁵, intervención que aunque no presuponia la contaminación, dejaba abierta la posibilidad de violación del art. 6 del CEDH⁶⁶ en su vertiente de derecho a un juez imparcial.

⁶⁴ Algunos comentarios a esta sentencia son los de: Jiménez Villarejo, J. (1999): «Análisis de la sentencia del TEDH de 28 de octubre de 1998 dictada en el caso Castillo Algar», *Revista del Poder Judicial* 55, pp. 489-506; Arias Domínguez, A. (2000): «Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Castillo Algar”, de 28 de octubre de 1998», *Revista Española de Derecho Militar* 76, pp. 153-160, y Peiteado Mariscal, P. (2013): «Castillo Algar c. España (STEDH de 28 de octubre de 1998): el derecho a un juez imparcial», AA. VV., *Conflicto y diálogo con Europa: las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Cizur Menor, Civitas, pp. 187-222.

⁶⁵ Sobre esta cuestión: Troncoso De Castro, A. (2010): «La designación de los miembros de los órganos judiciales en el ámbito de la jurisdicción militar», AA. VV., *Cuestiones actuales de la jurisdicción en España*, Madrid, Dykinson, vol. 2, pp. 1196-1206.

⁶⁶ Fernández Segado, F. (2004): «El estatuto jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas y su desarrollo legislativo: balance de un cuarto de siglo», *Revista Española de Derecho Constitucional* 70, p. 222.

En el asunto Castillo Algar, de la sala que pronunció la sentencia condenatoria formaron parte dos miembros que habían resuelto con anterioridad un recurso de apelación interpuesto contra un segundo auto de procesamiento dictado por el juez togado militar. Ni la Sala Quinta del Tribunal Supremo (ante el que el condenado interpuso recurso de casación sobre la base de que la sala que le había juzgado y condenado no constituía un tribunal imparcial⁶⁷) ni el Tribunal Constitucional (ante el que se interpuso recurso de amparo, inadmitido mediante Auto 70/1995, de 20 de febrero, por carencia de contenido constitucional) constataron la vulneración de ningún derecho por la sentencia condenatoria del Tribunal Militar Central.

En la segunda sentencia (Perote Pellón), de fundamentos fácticos análogos con la anterior, integraron la sala sentenciadora del Tribunal Militar Central dos miembros que anteriormente habían confirmado el auto de procesamiento del encausado y la prórroga de su prisión provisional, formulando unos razonamientos y consideraciones que el TEDH consideraría determinantes de la pérdida de imparcialidad objetiva exigida por el art. 6.1 del Convenio de Roma, bien que no lo hubieran considerado de igual forma ni el Tribunal Supremo, que desestimó la casación, ni el Tribunal Constitucional⁶⁸, que inadmitió el recurso de amparo.

La exposición de motivos de la Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de competencia y organización de la jurisdicción militar, expresa que la modificación trae causa del art. 6 CEDH interpretado por la jurisprudencia del TEDH: «Ahora bien, algunas modificaciones parecen hoy necesarias para adecuar plenamente el funcionamiento de la jurisdicción militar a ciertas exigencias doctrinales que, sobre todo por vía de interpretación jurisprudencial, se han ido imponiendo en relación con principios esenciales de la función jurisdiccional. Así ocurre, de manera especial, con el tema del derecho a un juez imparcial, cuyo desarrollo

⁶⁷ El TS no estimó el recurso de casación por dos motivos: por no haber recusado el recurrente a los magistrados contaminados y por entender que no existía falta de imparcialidad. El TC suscribió todos los argumentos del TS en su inadmisión.

⁶⁸ Para la profesora Aida Torres la formulación de la doctrina de la lesión actual por parte del TC es equívoca: la amplitud del término «violación actual» en Bultó ha sido cercenada con posterioridad, de manera que su extensión es mucho más limitada de lo que tal expresión induce a pensar. Ni en Ruiz Mateos (Providencias TC de 31 de enero de 1994, recaídas en los recursos de amparo 2291/93 y 2292/93), Castillo Algar (STC 96/2001), Perote Pellón (STC 313/2005) y Fuentes Bobo (STC 197/2006, de 3 de julio), el TC consideró que se produjera una violación actual del derecho que el TEDH había declarado vulnerado. Los criterios que el TC utiliza para determinar si existe lesión actual plantean dudas. Cfr. Torres Pérez, A. (2007): «Fuentes Bobo y la infraejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en España», *Revista Española de Derecho Europeo* 21, pp. 145-169.

ha dado lugar a una conocida y ya consolidada doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hecha suya por nuestros tribunales, referida, en lo que aquí y ahora interesa de manera singular, a la denominada imparcialidad objetiva, en aplicación del artículo 6.1 el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950. [...] Dejando aparte ciertos matices o debates que no son del caso, la imparcialidad objetiva de un tribunal puede verse comprometida —según dicha doctrina— cuando alguno de los miembros que lo forman ha intervenido con anterioridad adoptando algún tipo de decisión en el seno del mismo procedimiento que le haya obligado a entrar en contacto con el material probatorio obrante en aquel o emitido alguna valoración o juicio sobre los hechos investigados, susceptible de producir algún prejuicio sobre la culpabilidad del acusado. Así se apreció por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, precisamente en procedimientos seguidos ante la Jurisdicción Militar, en sentencias de fechas 28 de octubre de 1998 y 25 de julio de 2002».

La STEDH *Dacosta Silva*, de 2 de noviembre de 2006, fue la causa de la reforma de la Ley Orgánica sobre el Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. La pena de arresto de los artículos 10.1 y 2 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil quedó derogada por la LO 12/2007, de 22 de octubre, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil⁶⁹. Tal como explica Ripol⁷⁰, la tramitación de esta ley se inició apenas dos meses después de la aprobación de la STEDH. El 15 de enero de 2007, el Consejo de Ministros recibió un informe del ministro del Interior sobre el anteproyecto de Ley de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, que devino finalmente la Ley Orgánica 12/2007. Como señala el preámbulo de la ley: «una de las novedades más importantes introducidas se enmarcan en el objetivo que impregna toda la Ley de encontrar un equilibrio correcto entre los instrumentos que el Cuerpo de la Guardia Civil precisa para el mantenimiento de un modelo disciplinario eficiente y actual, con la supresión de determinadas figuras jurídicas cuya aplicación, en circunstancias ordinarias, resultan desfasadas, difícilmente justificables y excesivamente gravosas para los miembros de la Guardia Civil». Y, a continuación, añade: «Ese es el motivo, en primer lugar, de la supresión de la figura del arresto del cuadro de sanciones disciplinarias, quedando limitada la eventual aplicación de esta figura sancionadora, típica del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, para los supuestos en que se lleven a cabo misiones de naturaleza militar o cuando el personal del Cuerpo se integre en Unidades Militares

⁶⁹ BOE 254, de 23 de octubre de 2007.

⁷⁰ Ripol Carulla, S. (2013): «*Dacosta Silva c. España* (STEDH de 2 de noviembre de 2006). Arresto domiciliario y derecho a la libertad», AA. VV., *Conflicto y diálogo con Europa: las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Cizur Menor, Civitas, pp. 126-128.

—generalmente desplazadas en el extranjero—, situaciones en las que es preciso dar un tratamiento unitario a las consecuencias de los ilícitos disciplinarios».

Un tercer ejemplo. La disposición final octava de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas⁷¹, adaptación del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, dispuso: «El Gobierno deberá remitir al Congreso de los Diputados en el plazo de un año un Proyecto de Ley de reforma de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. El texto tendrá en cuenta la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre derechos y garantías fundamentales en el ejercicio de la potestad disciplinaria en el ámbito militar». Dicho mandato ha cristalizado en la vigente Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas⁷².

7. LOS «PROCESOS» DE REVISIÓN EN LA JURISDICCIÓN MILITAR Y LAS SSTEDH

7.1. EL «PROCESO» DE REVISIÓN PENAL

El legislador procesal militar⁷³ finalmente ha optado por el recurso de revisión como instrumento procesal adecuado en sede penal⁷⁴ y

⁷¹ Un estudio consistente en dilucidar la medida en que determinados valores y principios necesarios para el cumplimiento por las Fuerzas Armadas de las misiones asignadas por el artículo 8 de la Constitución Española sirven para la delimitación del objeto, contenido y límites de los derechos fundamentales de los militares (debiendo todos ellos ser leídos a la luz de la CEDH). En el mismo se descarta que de la CE sea posible deducir una cláusula general limitativa de los derechos fundamentales de los sometidos a disciplina militar o que la categoría de las relaciones especiales de sujeción halle expreso reflejo constitucional. Véase Fernández García, I. (2014): «La sujeción especial del militar tras la nueva Ley Orgánica de Derechos y Deberes», *Revista Española de Derecho Constitucional* 102, pp. 127-166.

⁷² Tal como se pone de manifiesto en su preámbulo: «Así pues, la obligación de elaborar una ley de reforma y adaptación de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas reside en el mandato de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, que establece como criterios a tener en cuenta la doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre derechos y garantías fundamentales del ejercicio de la potestad disciplinaria en el ámbito militar».

⁷³ Un estudio a cargo del ex fiscal togado de la Sala V del Tribunal Supremo es el de Bello Gil, J. (2015): «La actual configuración de la jurisdicción militar. Ámbito competencial reformas legislativas en curso», AA. VV., Fernando Herrero-Tejedor Algar. *Liber Amicorum*, Madrid, Colex, pp. 603-627.

⁷⁴ AA. VV. (2014): *Manual básico de tribunales y procedimientos militares*, Tribunal Militar Central, Madrid, Ministerio de Defensa, pp. 400-403. Este apartado ha sido redactado por D. José Antonio González Velasco (comandante auditor).

contencioso-disciplinaria para canalizar la ejecución de las sentencias condenatorias dictadas contra España por el TEDH. El recurso de revisión en el procedimiento penal militar⁷⁵ se encuentra regulado con carácter general en el capítulo II del título IV del libro II de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar (LOPM en adelante) (arts. 328 a 336), y constituye el único medio de impugnación posible contra sentencias que han alcanzado firmeza. La propia LOPM se refiere a la revisión en su artículo 336 no como un recurso, sino como un proceso⁷⁶.

El artículo 328.2 LOPM ha incorporado un nuevo motivo a los tradicionalmente existentes: «Asimismo se podrá interponer recurso de revisión contra una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión.

En estos casos, los procesos de revisión se sustanciarán conforme a las normas sobre esta materia contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y no será de aplicación lo previsto en los artículos 329 a 333, 335 y 336. Se aplicarán las reglas sobre legitimación previstas en dicha Ley para ese tipo de procesos.

Igualmente, las sentencias que se dicten en dichos procesos tendrán los efectos prevenidos para este caso en la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

Pero en relación con las sentencias del TEDH, y desmarcándose del régimen general, la LOPM reenvía *quasi in toto* la regulación a lo prescrito en la LECrim, dejando únicamente a salvo la previsión en el supuesto del recurso por sentencias iguales dictadas por la justicia militar y ordinaria, ya que si las sentencias que motivaron el recurso han sido dictadas por un juez o tribunal de la jurisdicción ordinaria y otro de la jurisdicción militar

⁷⁵ Balbontín Pérez, L. A. (2015): «La frontera en el ámbito penal entre la jurisdicción militar y la ordinaria», AA. VV., Estudios sobre derecho militar y defensa, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 341-364.

⁷⁶ Art. 336 LPM: «El proceso de revisión se sustanciará, con citación de los penados y solicitantes, conforme a las normas sobre esta materia contenidas en las leyes comunes, a salvo lo dispuesto en los dos últimos párrafos del artículo 328.2». Para la mejor doctrina procesal penal es un lugar común que en España la revisión no es un recurso, sino un proceso, al menos en sentido formal, pues no es un verdadero proceso entre partes, por el que se ataca la cosa juzgada material de una sentencia penal firme, que es injusta con base en determinados motivos, en particular por causa de hechos falsos o de hechos nuevos.

o bien en única instancia por la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, se promoverá y sustanciará por la Sala del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 334 LOPM).

Aquellos demandantes que acudan usando el proceso de revisión tienen la carga procesal de justificar debidamente dos requisitos: a) en primer lugar, que la violación del derecho fundamental «entrañe efectos que persistan». Si el Reino de España es condenado por haberse cometido una tortura o trato inhumano (art. 3 CEDH) o por haberse violado el derecho a la libertad (art. 5 CEDH) y el preso ya estuviera libre, carecerá de viabilidad, sin perjuicio de que el recurrente ejercite una reclamación por error judicial o funcionamiento anormal de la justicia; y b) en segundo lugar que los efectos «no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión», pues el recurrente podría acudir a dichos procedimientos de responsabilidad patrimonial del Estado, efectuar una solicitud de indulto o acudir a la vía de los «acuerdos amistosos» del art. 39 CEDH, por lo que no será procedente la revisión.

En todo caso, y si existiera un problema de interpretación del fallo o contenido de la sentencia del TEDH, podría utilizarse la vía del recurso de revisión, no en vía interna, sino ante el Comité de ministros a instancia de la Abogacía del Estado de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.3⁷⁷ CEDH y de los arts. 78 (*Request for interpretation of a judgment*), 79 (*Request for interpretation of a judgment*) u 80 (*Request for revision of a judgment*) del Reglamento del TEDH de 1 de enero de 2016⁷⁸. Pendiente dicha solicitud debería suspenderse el procedimiento de revisión hasta la aclaración de la misma.

De gran importancia resulta la limitación de legitimación activa, según el art. 954.3 de la LECrim (aplicable al recurso de revisión militar), a quien hubiera sido demandante ante el TEDH. Dicha limitación puede resultar un semillero de pleitos, y para el profesor Gimeno Sendra se vulnera: «la regla procesal civil, conforme a la cual “los litisconsortes activos o diligentes en el proceso benefician a los inactivos” (vide nuestro Derecho Procesal Civil, Lección 7.II.2.B), con la agravante de que en el proceso penal puede conculcarse el derecho fundamental a la libertad de quienes no acudieron

⁷⁷ «Cuando el Comité de Ministros considere que la supervisión de la ejecución de una sentencia definitiva resulta obstaculizada por un problema de interpretación de dicha sentencia, podrá remitir el asunto al Tribunal con objeto de que este se pronuncie sobre dicho problema de interpretación. La decisión de remisión al Tribunal se tomará por mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité».

⁷⁸ Que incorpora las modificaciones aprobadas por el Pleno del TEDH en sesiones de 1 de junio y 5 de octubre de 2015.

al TEDH (piénsese, por ejemplo, en la subjetiva extensión de los efectos de la doctrina Parot) y, en cualquier caso, del valor justicia. Por ello, si el TS rechazara, a los litisconsortes inactivos, su recurso de revisión, bien podrían recurrir el auto inadmisorio en amparo ante el TC por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, al principio de igualdad y, en su caso, al de libertad»⁷⁹.

7.2. EL «PROCESO» DE REVISIÓN CONTENCIOSO-DISCIPLINARIO

El proceso o recurso extraordinario de revisión en el ámbito contencioso-disciplinario⁸⁰ se ha incorporado al nuevo artículo 504.2 LOPM con idéntico tenor que el del art. 328.2 LOPM⁸¹. En lo referente a legitimación, términos y procedimientos respecto a este recurso, regirán las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Exceptuándose los casos previstos en los apartados a), b) y g) de este artículo, en los cuales el recurso de revisión deberá formularse en el plazo de un mes, contado desde la notificación de la firmeza de la sentencia. El recurso se interpondrá ante la Sala del artículo 61 de la LOPJ (art. 504.2 LOPM).

Los comentarios efectuados en relación con la revisión penal son trasladables a la revisión contencioso-disciplinaria.

8. CONCLUSIONES

La aprobación legislativa de un cauce procesal adecuado para ejecutar en España las sentencias condenatorias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos ha sido tardía. Sin embargo, el efecto

⁷⁹ Gimeno Sendra, J. V. y Díaz Martínez, M. (2015): «Los medios de rescisión de sentencias firmes», *Derecho procesal penal*, 2.^a ed., Cizur Menor, Civitas, p. 947.

⁸⁰ AA. VV. (2014): *Manual básico de tribunales y procedimientos militares*, Tribunal Militar Central, Madrid, Ministerio de Defensa, pp. 427-428. Este apartado ha sido redactado por D. Antonio López Urgoiti (teniente coronel auditor).

⁸¹ «Asimismo se podrá interponer recurso de revisión contra una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión».

interpretativo ha calado en la jurisprudencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo. Una mirada a su corpus jurisprudencial pone de manifiesto que son ininidad las sentencias que de uno u otro modo incorporan el *acquis conventionnel*. Sin embargo, no es difícil adivinar que la ardua tarea que la Sala V habrá de acometer para decidir los procesos de revisión que se le planteen, teniendo en cuenta la naturaleza y gravedad, la persistencia de los efectos y su no cesación de ningún otro modo, la legitimación y por el margen del que dispondrá (las SSTs de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 12 de marzo, 26 de marzo y 19 de mayo de 2015 son reveladoras). Además, no cabe descartar eventuales recursos de amparo por aquellos que vean inadmitidos o desestimados sus recursos de revisión.

9. BIBLIOGRAFÍA

AA. VV.: *European Military Law Systems*, NOLTE, Georg (edit.), Berlín, De Gruyter Recht, 2003.

AA. VV.: *La mise en oeuvre des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme: une responsabilité judiciaire partagée? Dialogue entre juges*, Estrasburgo, TEDH, 2014.

AA. VV.: *Manual básico de tribunales y procedimientos militares*, Tribunal Militar Central, Madrid, Ministerio de Defensa, 2014.

AA. VV.: «Las sentencias de 2014 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativas a España», *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, vol. 18, n.º 1, 2015, pp. 361-376.

AA. VV.: *Comentario al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, LASAGABASTER HERRARTE, I. (dir.), 3.ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2015.

ARANGÜENA FANEGO, C.: «El cumplimiento de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la revisión de sentencias firmes», AA. VV., *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, CEPC, 2009, pp. 289-325.

ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A.: «El asociacionismo profesional militar», AA. VV., *Estudios sobre derecho militar y defensa*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 58-63.

ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: «Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Castillo Algar”, de 28 de octubre de 1998», *Revista Española de Derecho Militar* 76, 2000, pp. 153-160.

ASENCIO MELLADO, J. M.ª: *Derecho Procesal Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

BALBONTÍN PÉREZ, L. A.: «La frontera en el ámbito penal entre la jurisdicción militar y la ordinaria», AA. VV., *Estudios sobre derecho militar y defensa*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 341-364.

BELLO GIL, J.: «La actual configuración de la jurisdicción militar. Ámbito competencial. Reformas legislativas en curso», AA. VV., *Fernando Herrero-Tejedor Algar. Liber Amicorum*, Madrid, Colex, 2015, pp. 603-627.

BERTAZZO, S.: «El derecho administrativo sancionador a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista General de Derecho Administrativo* 39, 2015.

BUJOSA BADELL, L. M.: *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*, Madrid, Tecnos, 1997.

CANO PALOMARES, G.: «La existencia de un perjuicio importante como nueva condición de admisibilidad tras la entrada en vigor del Protocolo núm. 14 al CEDH», *Revista Española de Derecho Europeo* 42, 2012, pp. 49-73.

CANOSA USERA, R.: «La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos», AA. VV., *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, CEPC, 2009, pp. 79-112.

CASADEVALL, J.: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

CASTRO-RIAL GARRONE, F.: «Consideraciones a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto “Barberá Messegue y Jabardo c. España”», *Revista de Instituciones Europeas* 3, 1989, pp. 789-808.

CHICHARRO LÁZARO, A.: «El protocolo n.º 14 al Convenio Europeo de Derechos Humanos: Revisión del sistema y credencial para la adhesión de la Unión Europea», AA. VV., *Liber Amicorum profesor José Manuel Peláez Marón: Derecho Internacional y Derecho de la Unión Europea*, Córdoba, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2012, pp. 141-166.

CHINCHILLA MARÍN, C.: «La audiencia pública en el procedimiento administrativo sancionador y la prohibición de iniciar actuaciones penales por unos hechos que ya han sido sancionados por la Administración: dos exigencias derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos según la STEDH de 4 de marzo de 2014», en AA. VV., *Régimen Jurídico Básico de las Administraciones Públicas: Libro Homenaje al profesor Luis Cosculluela*, Madrid, Iustel, 2015, pp. 791-815.

CONTRERAS V., P.: «Independencia e Imparcialidad en Sistemas de Justicia Militar: Estándares Internacionales Comparados», *Estudios Constitucionales* 2, 2011, pp. 191-248.

CORRALES ELIZONDO, A.: «Aproximación al estado actual del problema de la denominada contaminación en el proceso penal», *Revista Española de Derecho Militar* 77, 2001, pp. 135-172.

CUERDA RIEZU, A.: *La Doctrina Parot, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la separación de poderes*, Madrid, Iustel, 2014.

DÍAZ ABAD, N.: «La responsabilidad en el Derecho de la Unión Europea y la ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», AA. VV., *Manual de responsabilidad pública*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 1387-1465.

DÍAZ FRAILE, F.: *Derecho penal y derecho administrativo sancionador: garantías y límites en la jurisprudencia del TEDH*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

DÍAZ PÉREZ DE MADRID, A.: «TEDH. Sentencia de 25 de abril de 2006, Puig Panella c. España, 1483/02. A propósito del régimen de responsabilidad patrimonial en materia de administración de justicia y su compatibilidad con el principio de presunción de inocencia», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 25, 2006, pp. 973-987.

—: «TEDH. Sentencia de 2 de noviembre de 2006, Dacosta Silva c. España, 69966/01. Arresto domiciliario-Inaplicabilidad de la reserva española al régimen disciplinario de la Guardia Civil», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 30, 2008, pp. 527-544.

DZEHTSIAROU, K.: *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: «Problemas planteados por la aplicación en el ordenamiento español del caso Bultó», *Revista de Instituciones Europeas* 1, 1992, pp. 139-164.

FERNÁNDEZ GARCÍA, I.: «La sujeción especial del militar tras la nueva Ley Orgánica de Derechos y Deberes», *Revista Española de Derecho Constitucional* 102, 2014, pp. 127-166.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A.: «Naturaleza jurídica de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en AA. VV., *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, CEPC, 2009, pp. 171-197.

FERNÁNDEZ SEGADO, F.: «El estatuto jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas y su desarrollo legislativo: balance de un cuarto de siglo», *Revista Española de Derecho Constitucional* 70, 2004, pp. 189-232.

Forst, Déborah: «The Execution of Judgments the European Court of Human Rights. Limits and Ways Ahead», *Journal on International Constitutional Law*, 2013, pp. 1-51.

GARCÍA ROCA, J.: *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cizur Menor, Civitas, 2010.

GIMENO SENDRA, J. V. y DÍAZ MARTÍNEZ, M.: «Los medios de rescisión de sentencias firmes», *Derecho procesal penal*, 2.^a ed., Cizur Menor, Civitas, 2015, pp. 939-953.

GLAS, L. R.: *The Theory, Potential and Practice of Procedural Dialogue in the European Convention on Human Rights System*, Oxford, Intersentia, 2016.

GONZÁLEZ ALONSO, A. y RUIZ-RISUEÑO MONTOYA, F. M.: «El nuevo recurso de amparo constitucional a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos. (A propósito de la reciente sentencia del TEDH Arribas Antón c. España)», *Revista Española de Derecho Europeo* 54, 2015, pp. 155-183.

GONZÁLEZ RIVAS, J. J.: «Referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Violación del artículo 6.1 del Convenio en supuestos relacionados con el Derecho Español», AA. VV., *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, vol. 2, Cizur Menor, Civitas, 2012, pp. 2931-2942.

HESS, B.: «La influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Derecho Procesal Europeo», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, XIV-XV, 2015, pp. 35-53.

IRURZUN MONTORO, F.: «La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una aproximación a la práctica española», AA. VV., *El Tribunal de Estrasburgo en el espacio judicial europeo*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 131-162.

IZQUIERDO SANS, C.: «El carácter no ejecutivo de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (comentario a la STS, 1.^a, del 20 de noviembre de 1996)», *Derecho Privado y Constitución* 11, 1997, pp. 355-377.

JAÉN VALLEJO, M. y PERRINO PÉREZ, A. L.: *Reforma procesal penal de 2015*, Madrid, Dykinson, 2015.

JIMENA QUESADA, L.: «El derecho a un proceso equitativo reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y su proyección nacional: entre el tiempo para “conocer” Europa y el tiempo para hacer “justicia

conforme a los parámetros europeos”», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* 50-51, 2005, pp. 177-191.

—: *Sistema Europeo de Derechos Fundamentales*, Madrid, Colex, 2006.

JIMÉNEZ VILLAREJO, J.: «Análisis de la Sentencia del TEDH de 28 de octubre de 1998 dictada en el caso Castillo Algar», *Revista del Poder Judicial* 55, 1999, pp. 489-506.

LIÑÁN NOGUERAS, D. J.: «Los efectos de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el derecho español», *Revista Española de Derecho Internacional* 2, 1985, pp. 355-376.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: «El valor vinculante de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su relación con la jurisdicción militar», *Revista Española de Derecho Militar* 102, 2014, pp. 73-87.

—: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, vol. 2, 6.^a ed., Cizur Menor, Civitas, 2014.

LÓPEZ GUERRA, L. M.^a: «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y divergencias», *Teoría y realidad constitucional* 32, 2013, pp. 139-158.

—: «Los Protocolos de reforma n.^{os} 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Europeo* 49, 2014, pp. 11-29.

—: «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y divergencias», AA. VV., *Nuevas tendencias en la interpretación de los derechos fundamentales*, GIMENO SENDRA, J. V. y REGUEIRO GARCÍA, M. T. (coords.), Cizur Menor, Civitas, 2015, pp. 21-44.

—: «La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», AA. VV., *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos. Una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales*, Lima, Palestra Editores, 2015.

LORENZO PONCE DE LEÓN, R.: «Impacto de la jurisprudencia del TEDH en la justicia militar británica y su interrelación con la de otros países del mundo anglosajón», *Revista Española de Derecho Militar* 91, 2008, pp. 85-140.

MANERO SALVADOR, A.: «El alcance restrictivo de las reservas al CEDH. Comentario de la sentencia Dacosta Silva c. España del TEDH», *Revista Española de Derecho Internacional* 1, 2007, pp. 386-389.

MARCHENA GÓMEZ, M. y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.: *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Madrid, Castillo de Luna, 2015.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: «Una visión de la tutela judicial a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Administrativo* 154, 2012, pp. 171-208.

—: «El cómputo de las penas según la doctrina de Estrasburgo», *Revista Española de Derecho Administrativo* 168, 2015, pp. 169-192.

MATAMOROS MARTÍNEZ, R.: «Los límites de la jurisdicción militar», AA. VV., *Estudios sobre derecho militar y defensa*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 321-340.

MORENO TRAPIELLA, P.: «La aplicación del artículo 6 CEDH en el procedimiento administrativo sancionador», *Revista Española de Derecho Administrativo* 157, 2013, pp. 49-84.

MUÑOZ MACHADO, S.: «Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales en la Unión Europea: problemas de articulación», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 50, 2015, pp. 195-230.

NIETO MARTÍN, A.: «Los derechos humanos en el derecho penal militar y en la guerra (la jurisprudencia del TEDH y los conflictos armados)», AA. VV., *Estudios de derecho penal: en memoria del prof. Juan José Bustos Ramírez*, México, Ubijus, 2011, pp. 921-942.

NIÑO ESTÉBANEZ, R.: *La ejecución en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Fe d'erratas, 2014.

PARADA VÁZQUEZ, J. R.: «Toque de silencio por la justicia militar», *Revista de Administración Pública* 127, 1992, pp. 7-44.

PASTOR RIDRUEJO, J. A.: «El protocolo número 14 a la convención Europea de derechos humanos: ¿estamos ante la reforma que necesita el tribunal?», *Revista Española de Derecho Internacional* LVI-1, 2004, pp. 141-149.

PEITEADO MARISCAL, P.: «Castillo Algar c. España (STEDH de 28 de octubre de 1998): el derecho a un juez imparcial», AA. VV., *Conflicto y diálogo con Europa: las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Cizur Menor, Civitas, 2013, pp. 187-222.

PEÑARRUBIA IZA, J. M.^a: «Las principales decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el personal militar», *Revista Española de Derecho Militar* 79, 2002, pp. 29-60.

PÉREZ SOLA, N.: «El régimen disciplinario de la Guardia Civil y su compatibilidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos: a propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Dacosta Silva v. España*», *Revista de Derecho Político* 71-72, 2008, pp. 675-699.

—: *La defensa convencional de los derechos en España. ¿Es posible el diálogo entre tribunales?*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2015.

PULIDO QUECEDO, M.: «¿Puede considerarse “hecho nuevo” una STE-DH a los efectos de recurso de revisión penal?», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* 16, 2005, pp. 9-12.

QUERALT JIMÉNEZ, A.: *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2008.

—: «El alcance del efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH», en AA. VV., *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, CEPC, 2009, pp. 229-255.

—: «Crónica de una ejecución anunciada: la efectividad de la STEDH Del Río Prada en España», en AA. VV., *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 349-376.

RAGUÉS I VALLÈS, R.: «Recurso de revisión penal y jurisprudencia constitucional. A propósito del acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26-2-2009», en AA. VV., *Derecho penal del estado social y democrático de derecho: Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 1041-1064.

RIPOL CARULLA, S.: «Incidencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que declaran la vulneración por España del CEDH», *Revista Española de Derecho Constitucional* 79, 2007, pp. 309-346.

—: «La Justicia Militar española ante el Tribunal Europeo de Derechos humanos», *Revista Española de Derecho Militar* 89, 2007, pp. 15-48.

—: *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el derecho español. La incidencia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español*, Barcelona, Atelier, 2007.

—: «La recepción de los actos normativos del Consejo de Europa y de las sentencias del TEDH en el derecho español: a propósito del informe del Consejo de Estado sobre la inserción del derecho europeo en el derecho español», *Revista Española de Derecho Europeo* 28, 2008, pp. 475-498.

—: «Estudio preliminar», AA. VV., *España en Estrasburgo. Tres décadas bajo la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2010.

—: «La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español», *Revista Europea de Derechos Fundamentales* 15, 2010, pp. 75-112.

—: «Dacosta Silva c. España (STEDH de 2 de noviembre de 2006). Arresto domiciliario y derecho a la libertad», AA. VV., *Conflicto y diálogo con Europa: las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Cizur Menor, Civitas, 2013, pp. 113-130.

RODRÍGUEZ BOENTE, S. E.: *83 argumentos que convencen al Tribunal Europeo de Derechos Humanos: jurisprudencia que afecta a España*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015.

RODRÍGUEZ, A.: «Hable con él. Las resoluciones del Tribunal Constitucional español previas a las sentencias condenatorias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Primeras reflexiones sobre las dificultades de un diálogo», en AA. VV., *Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Madrid, Tecnos, 2004, pp. 517-564.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Un nuevo paso en la ejecución judicial de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Diario La Ley* 8444, 2014.

RUIZ MIGUEL, C.: *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un estudio sobre la relación entre el derecho nacional y el internacional*, Madrid, Tecnos, 1997.

—: «La STEDH sobre la doctrina Parot y el problema de la ejecución de las sentencias del TEDH», AA. VV., *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 377-408.

SAIZ ARNAIZ, A.: *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.

—: «El Convenio de Roma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la cultura común de los derechos fundamentales en Europa», en AA. VV., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, Madrid, Cortes Generales-CEPC, vol. II, 2008, pp. 2039-2055.

—: «El recurso de revisión penal y la ejecución de las sentencias condenatorias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una visión desde dentro. En homenaje al juez Josep Casadevall*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp.199-212.

—: «La protección de los derechos fundamentales en la jurisdicción ordinaria: una visión desde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», AA. VV., *La protección jurisdiccional de los derechos. Actas del XI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, , pp. 51-65.

SALADO OSUNA, A.: «La ejecución de las sentencias indemnizatorias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en AA. VV., *Integración europea a través de*

derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado, Madrid, CEPC, 2009, pp. 257-288.

SÁNCHEZ TOMÁS, J. M.: «La Doctrina Parot ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: derechos a la legalidad penal y a la libertad (STEDH, Del Río Prada vs. España, de 21-10-2013)», *Revista Española de Derecho Europeo* 50, 2014, pp. 151-194.

SORIA JIMÉNEZ, A.: «La problemática ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Análisis de la STC 245/1991 (Asunto Barberà, Messegué y Jabardo)», *Revista Española de Derecho Constitucional* 36, 1992, pp. 313-356.

TORRALBA MENDIOLA, E. C.: «Sobre la eficacia en España de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Derecho Privado y Constitución* 21, 2007, pp. 313-330.

TORRES PÉREZ, A.: «Fuentes Bobo y la infraejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en España», *Revista Española de Derecho Europeo* 21, 2007, pp. 145-169.

—: «Report on Spain», AA. VV., *The national judicial treatment of the European Convention on Human Rights and the Europe laws: a comparative constitutional perspective*, Ámsterdam, Europe Law Publishing, 2010, pp. 459-474.

—: «The Judicial Impact of European Law in Spain: ECHR and EU Law Compared», *Yearbook of European Law* 1, 2011, pp. 159-179.

TRONCOSO DE CASTRO, A.: «La designación de los miembros de los órganos judiciales en el ámbito de la jurisdicción militar», AA. VV., *Cuestiones actuales de la jurisdicción en España*, Madrid, Dykinson, vol. 2, 2010, pp. 1196-1206.

URBANO CASTRILLO, E. de: «El recurso de revisión penal, según la última jurisprudencia», *Revista Aranzadi Doctrinal* 4, 2011, pp. 35-43.

VICENTE BALLESTEROS, T.: *El Proceso de Revisión Penal*, Barcelona, Editorial Bosch, 2013.

ZANGHÌ, C.: «Evolución e innovación de los efectos de las sentencias del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos», AA. VV., *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, CEPC, 2009, pp. 199-228.

**GUARDIA CIVIL Y DERECHO PENAL MILITAR.
UNA RELACIÓN SURGIDA A CAUSA DE LA NATURALEZA
MILITAR DE ESTE INSTITUTO ARMADO Y LA NECESIDAD
DE PROTEGER CIERTOS BIENES JURÍDICOS**

Abraham Martínez Alcañiz
Capitán auditor del Cuerpo Jurídico Militar
Doctor en Derecho

SUMARIO

1. Introducción. 2. Naturaleza militar del Cuerpo de la Guardia Civil. 2.1. Breve exposición. 2.2. Regulación tras la aprobación de la Constitución Española de 1978. 3. Jurisprudencia sobre el art. 7 bis del Código Penal Militar del año 1985. 3.1. Consideraciones previas. 3.2. Jurisprudencia de la Sala de lo Militar y de la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo. 4. El derecho penal militar como norma jurídica punitiva aplicable a la Guardia Civil. 4.1. Aproximación al derecho penal militar. 4.1.1. Razón de ser del derecho penal militar. 4.1.2. Aproximación sucinta al concepto de bien jurídico. 4.1.2.1. Funciones. 4.1.2.2. Clases. 4.1.3. Bienes jurídicos del orden militar. 4.1.3.1. Críticas al bien jurídico del orden militar. 4.1.3.2. Tipos de bienes jurídicos castrenses. 4.1.3.3. Conclusiones sobre el bien jurídico del orden militar. 4.2. Tramitación parlamentaria del CPM. 4.3. Técnica legislativa de niveles de aplicación del CPM a la Guardia Civil. 4.3.1. Primer nivel: aplicación íntegra del CPM. 4.3.1.1. Tiempo de conflicto armado. 4.3.1.2. Estado de sitio. 4.3.1.3. Cumplimiento de misiones de carácter militar. 4.3.1.4. Integración en unidades de las Fuerzas Armadas. 4.3.2. Segundo nivel: aplicación parcial del CPM. 4.3.3. Tercer nivel: aplicación condicionada del CPM. 4.3.3.1. Delitos contra la seguridad y defensa nacional. 4.3.3.2. Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares. 4.3.3.3. Delitos contra los deberes del servicio. 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La aprobación de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar (en adelante, CPM), ha supuesto una novedad importante en el ámbito penal castrense. Esta norma penal militar delimita los supuestos en los que resultará de aplicación a los componentes del Cuerpo de la Guardia Civil la misma. El objeto de este estudio consiste en analizarlos, por lo que para alcanzar una mejor comprensión de ello resulta necesario, aunque sea sucinatamente, referirnos a la naturaleza militar del instituto armado de la Guardia Civil y a la jurisprudencia emanada de la Sala de lo Militar y la de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo sobre el art. 7 bis del CPM del año 1985, dado que todo ello ha servido de fundamento para la redacción actual del art. 1 puntos 4.º y 5.º del CPM. Igualmente, resulta que es necesario indagar en la razón de ser del derecho penal militar, su validez y necesidad, concretándose todo ello en la existencia de unos bienes jurídicos del orden militar que deben ser salvaguardados. Por último, analizaremos el sistema de niveles de aplicación de dicho texto punitivo castrense a la Guardia Civil, los cuales se aplican atendiendo a factores muy variados, de ahí que sea necesario estudiar en qué circunstancias y condiciones se aplicará cada uno de ellos, pues la extensión aplicable del CPM dependerá del nivel en que nos hallemos.

2. NATURALEZA MILITAR DEL CUERPO DE LA GUARDIA CIVIL

2.1. BREVE EXPOSICIÓN

Numerosos estudios han tratado la naturaleza militar del Cuerpo de la Guardia Civil, por lo que resultaría redundante insistir *in extenso* en esta cuestión¹. Sin embargo, no podemos desconocerla, dado que la *ratio*

¹ López Arauzo, J. A., «El guardia civil frente a las leyes penales y disciplinarias», Estudios de Derecho Militar, Madrid, Centro de Investigación y Doctrina Legal, Ministerio de Defensa, 2009, pp. 148 y ss.; Jaldo Ruiz-Cabello, J. A., «Conflictos jurisdiccionales: Doctrina penal y disciplinaria en relación con los miembros de la Guardia Civil», Jornadas de la Fiscalía Jurídico Militar, Madrid, 2013, pp. 5 y ss.; Martín Vicente, M. A., «Caracterización jurídica de la Guardia Civil», Revista Española de Derecho Militar, vol. 55, tomo I, 1990, pp. 187 y ss.; De León Villalba, F. J., Cuestiones sobre el derecho sancionador de la Guardia Civil (penales y disciplinarias), Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2010, pp. 51 y ss.; Morales Villanueva, A., «Evolución de la administración policial», Revista de Administración Pública 118, 1989, pp. 400 y ss.; Fernández Segado, F., «Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad», Revista Española de Derecho Militar 73, 1999, pp. 78 y ss. Herbón Costas, J.J., *Los derechos de asociación política y sindicación en las Fuerzas Armadas y los Cuerpos de Seguridad*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, p. 209 y ss.

essendi de que se aplique a los guardias civiles el derecho penal militar se debe a su estatuto de militar, lo que les hace ser titulares de una serie de obligaciones específicas totalmente ajenas a cualquier otro cuerpo de las fuerzas y cuerpos de seguridad estatales. Esta peculiaridad, cuyo fundamento encuentra únicamente su apoyo en la voluntad del legislador, propicia que la Guardia Civil sirva a los intereses nacionales, principalmente, a garantizar la seguridad ciudadana y los derechos y libertades de los ciudadanos, *ex art.* 104 de la Constitución Española (en adelante, CE), de una forma mucho más exigente que cualquier otro instituto armado, pues además de estar sujetos a las leyes penales comunes, se encuentran sometidos a una ley disciplinaria de cierta naturaleza militar y a las leyes penales militares². Dicho esto, los orígenes del instituto armado los encontramos en diversos decretos del año 1844 que tenían por finalidad constituir un cuerpo armado policial que se encargase de la lucha contra la delincuencia. Este cuerpo se denominó Guardia Civil y estaba integrado en el Ejército de Tierra, hasta el año 1980 en que se deslindó del mismo, a consecuencia de la Ley Orgánica 8/1980, de 1 de julio, de criterios básicos de la Defensa Nacional, pasando a formar parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado³.

² López Arauzo, J. A., *op. cit.*, p. 147.

³ Los decretos referidos tenían como finalidad reformar el sistema de administración policial en nuestro Estado, al necesitarse un cuerpo policial permanente para dejar al Ejército desarrollar sus cometidos propios de la milicia, delegándose las misiones policiales a otras fuerzas, *cfr.* Martín Vicente, M. A., *op. cit.*, p. 188; igualmente, mediante la Ley Constitutiva del Ejército de 1878 se integró a la Guardia Civil entre los cuerpos del Ejército, nos encontrábamos ante un cuerpo propio del Ejército que prestaba servicios a la Administración Civil, básicamente, en el auxilio de la ejecución de las leyes y para la seguridad del orden de las personas y de las propiedades, *ex art.* 22 de la ley referida; *cfr.* López Arauzo, J. A., *op. cit.*, p. 148. Esta palmaria naturaleza militar fue sostenida en el tiempo y en la legislación, *cfr.* Jaldo Ruiz-Cabello, J. A., *op. cit.*, p. 6, donde se citan la Ley de 15 de marzo de 1940 y la Ley 55/1978, de 4 de diciembre, de la Policía, para acreditar la clara naturaleza militar del Cuerpo de la Guardia Civil y su ubicación orgánica dentro del Ejército de Tierra. Conviene reseñar que el Reglamento Militar de la Guardia Civil, de 23 de julio de 1942, afirmó que era uno de los cuerpos del Ejército, circunstancia que atraía consecuencias jurídico-penales relevantes, tales como que en el art. 312 del Código de Justicia Militar de 1945 se estableciese que «para los efectos de este código se reputará fuerza armada a los individuos de (...) la Guardia Civil, siempre que vistan sus uniformes reglamentarios y presten servicio propio de su Instituto (...)». Lo anterior conllevó que los no militares que atentasen contra guardias civiles en el ejercicio de sus funciones y vistiendo uniforme fuesen juzgados ante la jurisdicción militar por la comisión de un delito militar, *cfr.* Blanco Valdés, R., *La ordenación constitucional de la defensa*, Madrid, Tecnos, p. 55.

2.2. REGULACIÓN TRAS LA APROBACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

La Constitución Española no menciona en el art. 8 que trata de las Fuerzas Armadas ni tampoco en el art. 104 que versa de las fuerzas y cuerpos de seguridad a la Guardia Civil⁴. Esta omisión suscita algunos interrogantes, toda vez que podemos pensar que la voluntad constitucional fue la de excluir a la Guardia Civil de las Fuerzas Armadas, las cuales sí aparecen expresamente enumeradas en el art. 8 de la CE⁵; pero a la vez, también podemos pensar que era innecesario mencionarla, ya que hasta el año 1980 la Guardia Civil formaba parte de las Fuerzas Armadas, al tratarse de un cuerpo más del Ejército de Tierra⁶. En nuestra opinión, la voluntad constitucional fue delegar en el legislador la organización, estructura y naturaleza de la Guardia Civil, sin perjuicio de afirmar que el constituyente quería deslindar las funciones y misiones policiales de las atribuidas a las Fuerzas Armadas⁷, de ahí la redacción del art. 8 y del 104 de la CE, preceptos constitucionales diferentes y ubicados en distintos títulos de nuestra Carta Magna, con las consiguientes consecuencias jurídicas⁸. Esta afirmación encuentra su fundamento en la esencial Sentencia 194/1989, de 16 de noviembre, del Tribunal Constitucional, en la que se indicó que el silencio constitucional relativo a la naturaleza de la Guardia Civil resulta más permisivo que cualquier definición posible al respecto, por lo que se ha optado por dejar un ámbito de disponibilidad al legislador para regular a este instituto armado. Pero, además, de esta sentencia se deduce que la inclusión de los cuerpos de seguridad estatales en el art. 104 de la CE no implica que los mismos, llegado un momento, no puedan ostentar naturaleza militar, pues los arts. 28.1 y 29.3 de la CE posibilitan la existencia de institutos armados sometidos a disciplina militar distintos de las Fuerzas Armadas, reconociéndose así un *tertium genus* o figura intermedia entre

⁴ Fernández Segado, F., «Las Fuerzas...», op. cit., p. 86.

⁵ Cfr. Barcelona Llop, J., «Reflexiones constitucionales sobre el modelo policial español», *Revista Española de Derecho Constitucional* 48, 1996, p. 83; Millán Garrido, A., «El régimen penal y disciplinario de la Guardia Civil tras la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre», *iusmilitaris*, p. 1; Serrano Alberca, J. M., «Comentario al art. 8 de la Constitución Española», *Comentarios a la Constitución*, Garrido Falla, F., (coord.), Madrid, Civitas, 2001, p. 127; cfr. Sedano Lorenzo, A., «La Guardia Civil ante la ley penal militar», *Revista Jurídica de Castilla y León* 34, 2014, pp. 1 y ss. Herbón Costas, J.J., op.cit., p. 213.

⁶ Cfr. Domínguez Berrueta, M., y Sánchez Fernández, D., «El modelo policial ante el Tribunal Constitucional», *Revista de Administración Pública* 123, 1990, p. 264.

⁷ Trillo-Figueroa Martínez-Conde, F., «Las Fuerzas Armadas en la Constitución Española», *Revista Española de Derecho Militar* 38, 1979, p. 72; Fernández Segado, F., «Las Fuerzas...», op. cit., p. 72.

⁸ Domínguez Berrueta, M., y Sánchez Fernández, D., op. cit., p. 265.

estas y los cuerpos de seguridad estatales no sometidos a disciplina militar. Aquí es donde debe ubicarse a la Guardia Civil, es decir, como un instituto armado de naturaleza militar que determina que su estructura, organización y funcionamiento se someta a disciplina militar, sin ser, *prima facie*, parte de las Fuerzas Armadas⁹.

El legislador configuró la Guardia Civil de la manera antedicha, al establecer el art. 9.b) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que:

«Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ejercen sus funciones en todo el territorio nacional y están integradas por: (...) b) La Guardia Civil, que es un Instituto Armado de naturaleza militar, dependiente del Ministro del Interior, en el desempeño de las funciones que esta Ley le atribuye, y del Ministro de Defensa en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que este o el Gobierno le encomienden. En tiempo de guerra y durante el estado de sitio, dependerá exclusivamente del Ministro de Defensa».

En definitiva, la Guardia Civil pertenece a las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado, eso sí, con una peculiaridad notable, a saber, se trata de un instituto armado de naturaleza militar, lo que determinará que, por un lado, dependa funcionalmente del ministro de Interior para el desarrollo de las misiones encomendadas en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, y por otro lado, dependa del ministro de Defensa en las situaciones de conflicto armado, estado de sitio y para las misiones de carácter militar que puedan confiársele, así como también del régimen de ascensos y situaciones del personal, *ex art.* 14.3 de la meritada Ley Orgánica 2/1986. La separación del Ejército de Tierra y, por ende, de las Fuerzas Armadas conllevó que los guardias civiles no estuvieran sujetos a la cadena de mando de las Fuerzas Armadas, estando únicamente sujetos al ministro de Defensa en los casos enumerados¹⁰. A partir de este momento, el legislador constantemente ha configurado la Guardia Civil como un instituto armado de naturaleza militar¹¹. Sea como fuere, las misiones

⁹ Cfr. Serrano Alberca, J. M., *op. cit.*, p. 131; Martín Vicente, M. A., *op. cit.*, p. 196. Herbón Costas, J.J., *op. cit.*, p. 220 y 221.

¹⁰ Fernández Segado, F., «Las Fuerzas...», *op. cit.*, p. 81; cfr. sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, de 15 de diciembre de 1988.

¹¹ Así lo establece el art. 1 de la Ley 29/2014, de 28 de noviembre, del Régimen del Personal de la Guardia Civil, que como dato destacable lo califica como «cuerpo de seguridad del Estado de naturaleza militar»; el art. 1.3 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar; el art. 1.1 de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, de derechos y

de carácter militar que pueden encomendarse a la Guardia Civil, expresamente enumeradas en el Real Decreto 1438/2010, de 5 de noviembre¹², pueden incluir funciones propias de las Fuerzas Armadas. Esto nos plantea interrogantes, ya que la voluntad constitucional era deslindar las funciones de las Fuerzas Armadas de las de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado¹³. En conclusión, este instituto armado, a causa de

deberes de los miembros de la Guardia Civil; el art. 23 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, y el art. 2.2 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (en adelante, ROFAS), aprobadas por el Real Decreto 96/2006, de 6 de febrero.

¹² El art. 3 del Real Decreto 1438/2010 establece que: «Las misiones de carácter militar que podrán encomendarse a la Guardia Civil son las siguientes: a) Participar en el planeamiento, la preparación y la ejecución de operaciones militares desarrolladas por las Fuerzas Armadas españolas o multinacionales, mediante el desempeño de las funciones siguientes: 1.º Policía militar, incluyendo las especialidades policiales precisas. 2.º Vigilancia y defensa militares. 3.º Aquellas otras actuaciones que se le atribuyan en el marco de las operaciones militares desarrolladas por fuerzas armadas españolas o multinacionales. b) Participar, de forma integrada, en actividades desarrolladas por unidades, centros y organismos militares dependientes del Ministro de Defensa, así como por los órganos judiciales militares y fiscales jurídico-militares, mediante el desempeño de las funciones siguientes: 1.º Policía judicial en el ámbito de la jurisdicción militar. 2.º Enlace, apoyo y coordinación. 3.º Inteligencia, contra-inteligencia y seguridad. 4.º Enseñanza militar. c) Participar en aquellas actividades de análoga naturaleza que determine el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Defensa».

¹³ López Ramón, F., *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 316; a nuestro juicio, la realidad social actual no es la misma que cuando se aprobó el texto constitucional, pues nos encontramos en una sociedad globalizada donde todas las fuerzas gubernamentales, llegados un momento, pueden desempeñar tareas muy dispares relacionadas, en todo caso, con la seguridad nacional, concepto jurídico abstracto que otorga mucho margen de actuación. Observando la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, se deduce que las Fuerzas Armadas están para algo más que el uso de la fuerza legítima contra un enemigo, siendo aceptado plenamente por la sociedad esta cuestión. Por ello, igualmente la Guardia Civil, llegado un momento, a causa de su evidente naturaleza, organización y estructura militar, puede desempeñar tareas propias de las Fuerzas Armadas en el cumplimiento de las misiones de carácter militar referidas, para eso se creó este Cuerpo, pues sin esta peculiaridad estaría abocado a su desaparición e integración en el resto de fuerzas y cuerpos de seguridad ordinarios. Según el art. 4.4 del citado Real Decreto, los guardias civiles que realicen misiones militares de carácter operativo dependerán del ministro de Defensa, pero esta dependencia se hará efectiva a través del jefe del Estado Mayor de la Defensa y se regirá por las normas reguladoras de la estructura operativa de las Fuerzas Armadas. En cualquier caso, esta integración, a nuestro juicio, no supone que los guardias civiles pasen a formar parte de las Fuerzas Armadas, sino que se les confiere, in fine, consideración de fuerza armada, a fin de dotarles de un estatuto sui generis que les proteja frente a las acciones violentas u hostiles a las que puedan enfrentarse en el desarrollo de las misiones de carácter militar que ejecuten. En todo caso se trataría de una dependencia funcional respecto de las Fuerzas Armadas, pues la dependencia orgánica sigue estando en la Dirección General de la Guardia Civil. Ahora bien, este ius singulare también tiene contrapartidas, ya que la integración en unidades de las Fuerzas Armadas supondrá que se les aplique en su integridad el CPM y el régimen disciplinario de aquellas, pudiendo, incluso, imponérseles arrestos disci-

su naturaleza militar, ostenta unas peculiaridades que lo hacen acreedor de realizar misiones de diversa índole, de orden público y funciones de carácter militar. Una cuestión innegable radica en que los guardias civiles ostentan el estatuto de militar en todo momento y circunstancia, sin excepción alguna, pues únicamente lo perderán por las causas tasadas en el art. 95.1 de la Ley 29/2014, de 28 de noviembre, con la consecuencia de que una vez lo pierdan, *ex art.* 95.2 de la referida ley, dejarán de estar sujetos al régimen de derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, así como de las leyes penales y disciplinarias militares¹⁴. Todo ello determinará que las normas penales castrenses les sean de aplicación en ciertas situaciones administrativas, a fin de salvaguardarse los bienes jurídicos del orden militar, *inter alia*, la disciplina, la subordinación, la jerarquía, la eficacia del servicio y la organización militar.

3. JURISPRUDENCIA SOBRE EL ART. 7 BIS DEL CÓDIGO PENAL MILITAR DEL AÑO 1985

3.1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El Código Penal Militar de 1985 antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, era de aplicación en su integridad a los componentes de este instituto armado. Sin embargo, la aprobación de la ley antedicha supuso un cambio relevante, ya que se consideró que muchos de los tipos penales del texto punitivo castrense resultaban en circunstancias cotidianas de nula o escasa aplicabilidad, pues los guardias civiles realizan funciones asociadas al ámbito policial, de ahí que la aplicación íntegra del CPM debiera quedar circunscrita a las situaciones de tiempo de guerra, estado de sitio, cumplimiento de misiones de carácter militar e integración en unidades militares¹⁵. Mediante la reforma llevada a cabo por la

plinarios por las autoridades militares correspondientes, tal y como sostuvo la sentencia 73/2010, de 18 de octubre, del Tribunal Constitucional.

¹⁴ Las causas de pérdida de la condición de guardia civil y de militar de carrera son las siguientes: por renuncia, pérdida de la nacionalidad española, pena principal o accesoria de pérdida de empleo, de inhabilitación absoluta o especial para empleo o cargo público cuando sea firme y por la imposición de la sanción disciplinaria de separación del servicio.

¹⁵ Pascual Sarría, F. L., «La aplicación del nuevo art. 7 bis del Código Penal Militar en la reciente jurisprudencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo», Cuaderno Práctico 2, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Madrid, Ministerio de Defensa, pp. 48 y ss.

Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, se incluyó en el CPM de 1985 el art. 7 bis, el cual establecía que:

«Las disposiciones de este Código no serán de aplicación a las acciones u omisiones de los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil en la realización de los actos propios del servicio que presten en el desempeño de las funciones que, para el cumplimiento de su misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, les atribuya en cada momento la normativa reguladora de dicho Instituto.

No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior no será aplicable a los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil en tiempo de guerra, durante la vigencia del estado de sitio, durante el cumplimiento de misiones de carácter militar, o cuando el personal del citado Cuerpo se integre en Unidades Militares».

La jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo sobre este precepto, que podríamos calificarlo de oscuro y confuso, con el consiguiente menoscabo en la seguridad jurídica y el principio de legalidad¹⁶, ha sido uniforme, en el sentido de seguir considerando aplicable el derecho penal militar a los guardias civiles en determinadas circunstancias. En un primer momento, se mantuvo la aplicación del CPM a los guardias civiles siempre que sus conductas lesionaran o pusieran en peligro un bien jurídico castrense y no fuesen llevadas a cabo en el ejercicio de las funciones propias de orden público, es decir, en el mantenimiento de la seguridad ciudadana y de garantizar el respeto de los derechos y libertades fundamentales; y en un segundo momento, siempre que la acción punible lesionase bienes jurídicos castrenses, aunque la conducta punible fuera realizada en el ejercicio de funciones de naturaleza policial. Esta jurisprudencia no ha estado exenta de polémica, al existir diversos votos particulares que abogaban por el criterio contrario, así como otros autores que entienden que el espíritu del precepto era excluir a la Guardia Civil de la norma penal castrense, salvo en los cuatro supuestos contemplados en el párrafo 2.º del texto¹⁷; pero, a nuestro juicio, lo más relevante es que esta jurisprudencia ha servido de fundamento para la redacción del actual art. 1 puntos 4.º y 5.º del CPM.

¹⁶ De León Villalba, F. J., op. cit., p. 122; Pascual Sarría, F. L., op. cit., p. 49.

¹⁷ Millán Garrido, A., op. cit., pp. 4 y ss.; De León Villalba, F. J., op. cit., pp. 134 y ss.; Sedano Lorenzo, A., op. cit., pp. 21 y ss.

3.2. JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO MILITAR Y DE LA SALA DE CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO

La primera sentencia dictada por la Sala de lo Militar en relación al art. 7 bis del CPM fue la de 16 de abril de 2009. El tribunal sostuvo que el párrafo 2.º del art. 7 bis no suponía modificación alguna de la aplicación del CPM a los guardias civiles —que no era una novedad notable—, pero lo relevante fue lo siguiente:

a) Que el párrafo 1.º del art. 7 bis suponía una exclusión de la aplicación del texto punitivo castrense a los guardias civiles cuando estos, en su condición de sujetos activos militares, llevasen a cabo alguna conducta típica del código castrense, eso sí, en la realización o desempeño de los actos propios de las funciones que tienen encomendadas de proteger los derechos y libertades fundamentales y garantizar la seguridad ciudadana.

b) Que la no aplicación del CPM cuando los guardias civiles desde su condición de militar llevasen a cabo conductas que afectasen a bienes jurídicos propios del orden castrense radicados en la disciplina, jerarquía, unidad y cohesión interna, protección de medios y recursos puestos a su disposición o al desempeño de funciones y cumplimiento de deberes esenciales no encuadrables en los servicios «policiales», ni abarcados por las situaciones enumeradas en el párrafo 2.º, conllevaría que dichos bienes jurídicos quedasen desprotegidos¹⁸.

Posteriormente, en la sentencia de 20 de abril de 2009 se añadió que «en ningún momento (en referencia al art. 7 bis) se determina la pérdida de la condición de militar de los miembros del Instituto», y en la sentencia de 27 de mayo de 2009, a fin de determinar en qué consistían los actos propios del servicio relativos a la misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, se sostuvo que:

«lo realmente decisivo al efecto de que se trata no es tanto que la actuación u omisión se produzca en acto genérico de servicio, fuera del cual la cláusula funcional del art. 7. bis CPM carece de operatividad, como que el comportamiento de los sujetos activos deban insertarse “en la realización de los actos propios del servicio que presten en el desempeño de las funciones que, para el cumplimiento de su misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades, y garantizar

¹⁸ Pascual Sarría, F. L., op. cit., p. 54.

la seguridad ciudadana, les atribuya en cada momento la normativa reguladora de dicho Instituto”, esto es, resulta relevante en primer lugar que la función que se cumpla sea de carácter “policial”, y, en segundo término, que la conducta activa u omisiva del sujeto agente forme parte de la realización de los actos propios del servicio que en la ocasión se esté desempeñando».

De las sentencias antedichas podemos deducir las siguientes conclusiones:

a) La norma penal militar no dejó de aplicarse a los guardias civiles, quienes eran potenciales sujetos activos, al ser militares, *ex art. 8 del CPM*.

b) Los supuestos previstos en el párrafo 2.º del art. 7 bis no suponían ninguna modificación al respecto sobre la aplicación a los guardias civiles del CPM.

c) La exclusión de la aplicación del CPM a los guardias civiles requería que la conducta punible formase parte de los «actos propios» concernientes a garantizar la seguridad ciudadana y proteger las libertades y derechos fundamentales; en suma, el mero hecho de estar de servicio no suponía la exclusión del CPM, resultaba imprescindible que la acción u omisión punible lo fuese en el desarrollo de una función de naturaleza «policial»¹⁹.

El motivo por el cual se estableció este criterio jurisprudencial fue justificado posteriormente, de manera correcta, por la Sala de Conflictos de Jurisdicción en su sentencia de 16 de junio de 2009, toda vez que lo que se quería era igualar a los miembros de la Guardia Civil con los de la Policía Nacional respecto de las posibles consecuencias jurídico-penales que pudieran derivarse del ejercicio de los actos propios de seguridad ciudadana y

¹⁹ Esto se traduce en que si un guardia civil que tiene nombrado un servicio de seguridad ciudadana golpease durante el transcurso del mismo a su mando, habría cometido un delito de insulto a superior, en su modalidad de maltrato de obra, pues la acción punible no forma parte de los «actos propios» de los cometidos de seguridad ciudadana. Ahora bien, si un guardia civil se encuentra recogiendo una denuncia en presencia de los administrados (terceras personas ajenas al Cuerpo de la Guardia Civil) y su superior le ordena que la redacte de otra manera y aquel se niega, no estaríamos ante un delito militar de desobediencia, dado que la conducta reprochable se cometió en el seno de un «acto propio» de protección de los derechos y libertades fundamentales, como es la recogida de una denuncia, sin perjuicio de que dicho comportamiento originase el ejercicio de las acciones disciplinarias pertinentes.

protección de derechos y libertades. Fuera de todo lo anterior, la naturaleza militar de la Guardia Civil hacía que siguieran estando sujetos a las leyes penales militares, a fin de salvaguardarse los bienes jurídicos del orden castrense. Si bien es cierto que la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo ya había precisado, con mejor o peor fortuna, el ámbito de los actos propios del servicio de naturaleza policial, no resulta menos cierto que la Sala de Conflictos de Jurisdicción ayudó a perfeccionar este término. Así, en su sentencia de 29 de mayo de 2012 manifestó que el criterio de exclusión del CPM se circunscribe a los «actos directamente relacionados con la ciudadanía», es decir, a la concreta prestación de su cometido institucional de protección de los derechos y libertades de los administrados. Este criterio, a nuestro juicio, resulta acertado, ya que se entendió que los actos propios de naturaleza policial son aquellos en los que el guardia civil se relaciona directamente con los ciudadanos, por lo que si la conducta reprochable se ejecuta en un ámbito *ad intra* de la institución, sin que intervengan o resulten afectadas terceras personas ajenas al instituto armado, quedarían sujetos al derecho penal militar, siempre que se lesionase o pusiera en peligro un bien jurídico del orden militar.

Por último, las recientes sentencias de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 21 de mayo y 27 de julio de 2015 supusieron una extensión del ámbito de aplicación del derecho penal militar a la Guardia Civil, sosteniéndose en las mismas que:

«Lo verdaderamente relevante, a la hora de delimitar los supuestos en los que se aplica el Código Penal Militar a los miembros de la Guardia Civil, será la naturaleza castrense o policial de los bienes jurídicos lesionados por la conducta reprochada y si esta ha afectado principalmente a bienes jurídicos consustanciales con la naturaleza militar de la Institución que el legislador ha querido salvaguardar al reconocer el carácter militar de la organización, como son la disciplina, la jerarquía y la subordinación, y consiguientemente son penalmente protegidos con independencia de que el comportamiento transgresor se haya producido en el ejercicio de funciones de naturaleza policial».

En definitiva, hemos presenciado cómo el Tribunal Supremo ha ido delimitando la exclusión del derecho penal militar a los guardias civiles, partiendo de una postura neutral, haciendo interpretaciones *sensu contrario* y finalizando con la aplicación de la tesis de la prevalencia del especial bien jurídico menoscabado, es decir, en caso de que el injusto lesione un bien jurídico del orden militar será de aplicación el texto punitivo castren-

se, siendo indiferente que el Código Penal pueda también proteger otro bien lesionado o puesto en peligro por el injusto. Esta posición ha podido ser fundamental en la redacción del actual CPM, como veremos a continuación.

4. EL DERECHO PENAL MILITAR COMO NORMA JURÍDICA PUNITIVA APLICABLE A LA GUARDIA CIVIL

4.1. APROXIMACIÓN AL DERECHO PENAL MILITAR

Si bien es cierto que la mayoría de estudios concernientes a la ciencia del derecho penal lo han sido en el ámbito del derecho penal común, no resulta menos cierto que el derecho penal militar en los últimos años también ha sido objeto de notables estudios, enriqueciéndonos las aportaciones, valoraciones y opiniones efectuadas sobre esta materia²⁰. Autores como Rodríguez Devesa o Rodríguez-Villasante y Prieto han contribuido a difundir esta rama del derecho penal, dejándose de lado aquellas ideas de que el estudio del derecho penal militar estaba relegado a un segundo plano por los penalistas²¹. La reciente aprobación de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar demuestra que este derecho penal especial²² sigue vigente y que ha evolucionado de manera paralela a la propia sociedad, hecho que podemos afirmar por la intensa complementariedad que presenta el CPM respecto del Código Penal, así como por la inclusión de nuevos tipos penales²³. Ello se ha traducido en que el título

²⁰ Núñez Barbero, R., «Derecho penal militar y derecho penal común», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 24, mes 1, 1971, pp. 713 y ss.; Colombo, C. J., «Sustantividad del derecho penal militar», *Revista Española de Derecho Militar*, vol. 17, 1964, pp. 9 y ss.; Rodríguez Devesa, J. M., «La acción penal y la acción disciplinaria en el derecho militar español», *Revista Española de Derecho Militar*, vol. 7, 1959, pp. 73 y ss.; Román Vidal, S. M., «El delito militar en el Código de Justicia Militar chileno», *Revista Española de Derecho Militar*, vol. 9, 1960, pp. 177 y ss.; Jiménez y Jiménez, F., *Introducción al derecho penal militar*, Madrid, Civitas, 1987, pp. 19 y ss.; Rodríguez Villasante y Prieto, J. L., «El principio de especialidad», *Comentarios al Código Penal Militar*, Blecuá Fragua, R. y Rodríguez Villasante y Prieto, J. L. (coords.), Madrid, Civitas, 1988, pp. 101 y ss.; Querol y Durán, F., *Principios de derecho militar español*. tomo I, Madrid, Naval, 1948, pp. 10 y ss.

²¹ Núñez Barbero, R., *op. cit.*, p. 713.

²² Cfr. Rodríguez Villasante y Prieto, J. L., «El Código Penal Militar», *Revista General de Derecho* 499, 1986, pp. 1264 y ss.

²³ Cfr. Zaffaroni, E. R., *Tratado de Derecho Penal*. Parte General, tomo I, Buenos Aires, Ediar, p. 210, quien sostiene que el derecho penal militar no es derecho penal común, pero no por ello deja de ser derecho penal.

preliminar del Código Penal sea de aplicación al derecho penal militar y el resto de disposiciones lo sea supletoriamente, es decir, en aquello que no venga especialmente previsto en el CPM, rigiendo, pues, el postulado de *lex specialis derogat legi generali*²⁴.

Llegados a este punto, tenemos que preguntarnos cuál es la razón de ser del derecho penal militar²⁵.

4.1.1. Razón de ser del derecho penal militar

La doctrina italiana, entre otros Manzini y Veuro, aproximó el derecho penal militar a una concepción finalista, al dirigirlo hacia las finalidades de las fuerzas armadas y sus misiones²⁶. En este estudio debemos traer a colación dos ideas, las cuales van a sustentar la tesis aquí defendida. La primera radica en que el ordenamiento jurídico es único, hallándose dentro del mismo distintas ramas (orden civil, orden penal, orden administrativo, etc.), perteneciendo la norma penal militar al derecho penal, cuyos principios generales y parte general son de aplicación supletoria, residiendo la especialidad del derecho penal militar en la protección de unos determinados bienes jurídicos. La segunda consiste en que es el propio ordenamiento jurídico el que, a través del denominado *orden militar*²⁷, salvaguarda la organización de las instituciones militares y la eficacia de sus misiones

²⁴ Basta con acudir a lo establecido en el art. 1.2 del CPM (precepto similar al contenido en el art. 9 del Código Penal) para darnos cuenta de lo manifestado, el cual dispone que «Las disposiciones del Código Penal serán aplicables a los delitos militares como supletorias en lo no previsto expresamente por el presente Código. En todo caso será de aplicación el Título Preliminar del Código Penal».

²⁵ Cfr. sentencia 107/1986 del Tribunal Constitucional, de 24 de julio, F.J. 3.º y 4.º, del contenido de este fallo se desprende que la naturaleza del colectivo afectado por la norma penal, las funciones que desarrollan de conformidad a la Constitución Española y su organización militar serían causas suficientes para justificar la existencia del derecho penal militar, pudiendo diferenciarlo del derecho penal común.

²⁶ Manzini, V., *Commento ai Codici Penale Militari, Diritto Penale*, Torino, Fratelli Bocca, 1916, p. 1, lo definía como aquellas normas jurídicas que están dirigidas a asegurar el mantenimiento de los fines esenciales de la institución militar, constituyendo en su conjunto un orden jurídico particular dentro del orden general; cfr. Veuro, V., *Manuale de diritto e procedura penale militari*, Milano, 1976, p. 117, quien sostuvo que era aquella rama del derecho penal que, dentro del cuadro general de la conservación y desarrollo de la comunidad social, asegura las condiciones esenciales para que las Fuerzas Armadas vivan, sean ordenadas y eficientes, operando estrictamente en el ámbito de los fines del Ejército.

²⁷ Cfr. Querol y Durán, F., op. cit., p. 18, quien establece un concepto de orden jurídico militar como «aquel conjunto de normas destinadas a dar seguridad y encauzar los fines esenciales y desarrollo de las actividades propias de los Institutos Armados, emanadas de la necesidad de la defensa nacional, constituyendo un orden jurídico dentro del orden general».

esenciales que tienen que prestar a la sociedad, llevándose a cabo esto mediante el derecho penal militar.

No obstante lo dicho, algunas consideraciones generales sobre el derecho penal tenemos que hacer, pues el derecho penal militar no es otra cosa que una rama especializada de aquel, a causa de los bienes jurídicos que la norma penal militar protege²⁸. Lo relevante es atender a la función del derecho penal desde un punto de vista material, cuyo objeto se circunscribe a la protección de los bienes vitales fundamentales del individuo y de la comunidad y de los valores ético-sociales más elementales²⁹; es decir, se trata de un instrumento de control social al servicio de la protección de los bienes jurídicos fundamentales del individuo y de la sociedad³⁰. Esta tesis no es aceptada unánimemente, pues algunos autores, como Jakobs, consideran que la razón de ser del derecho penal se encuentra en la protección de la norma penal, de la que emana el bien jurídico tras su construcción y desarrollo³¹. En cualquier caso, nosotros somos partidarios de la teoría del bien jurídico como fundamento del derecho penal, considerando que la relación entre la norma penal y el bien jurídico restula intensa y constituye la base del derecho penal³². El derecho penal militar como norma complementaria del Código Penal³³ no puede apartarse de la función y finalidad antedicha, eso sí, su misión, a causa de su consideración de derecho especial, se circunscribirá al mantenimiento de la paz del orden militar y a asegurar la eficacia de sus cometidos, protegiéndose unos valores o intereses concretos, íntimamente vinculados con la organización, funcionamiento, medios y misiones militares de las instituciones de naturaleza castrense³⁴,

²⁸ Cfr. Rodríguez Villasante y Prieto, J. L., «El principio...», op. cit., p. 123.

²⁹ Cerezo Mir, J., *Curso de derecho penal español. Parte General*, tomo I, Madrid, Tecnos, 1998, p. 13; Welzel, H., *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, DePalma, 1956, pp. 5 y 6; Roxin, C., *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, Thomson-Civitas, 2007, p. 52.

³⁰ Gil Gil, A., Lacruz López, J. M., Melendo Pardos, M., y Núñez Fernández, J., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Dykinson, 2011, p. 6.

³¹ Jakobs, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 47 y ss.

³² Cfr. Jiménez De Asúa, L., *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, Buenos Aires, Losada, 1964, p. 34.

³³ Núñez Barbero, R., op. cit., p. 721; Rodríguez Villasante y Prieto, J. L., «El principio...», op. cit., p. 126; Jiménez y Jiménez, F., op. cit., p. 41; cfr. Querol y Durán, F., op. cit., p. 19, define el derecho penal militar como «aquel conjunto de leyes punitivas, ejercidas permanentemente dentro de los institutos armados por órganos propios y legítimos, al objeto de amparar el orden jurídico militar contra las violaciones lesivas de la existencia e intereses de los Ejércitos»; Rodríguez Villasante y Prieto, J. L., «El Código...», op. cit., pp. 1280 y 1281.

³⁴ Colombo, C. J., op. cit., p. 15.

a saber, las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil. Sea como fuere, el mantenimiento del orden militar se encuentra vinculado con un interés social, ya sea entendido *in stricto sensu* o *lato sensu*. El derecho penal militar garantizará en última instancia, a través de normas jurídico-penales que tipifican comportamientos que menoscaban los valores e intereses del orden militar, la inviolabilidad de estos objetos valiosos mediante la coacción estatal, básicamente, porque el delito militar se mostrará simultáneamente como la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico del orden militar y una infracción de un deber que emana de la norma penal militar³⁵. En suma, el fundamento del derecho penal militar, el cual es permanente y no excepcional, dado que la protección de los intereses y valores militares ha de efectuarse en todo momento y no en circunstancias extremas³⁶, consiste en proteger los bienes jurídicos del orden militar frente a las formas más graves de agresión³⁷, para garantizar que las misiones militares que tienen encomendadas las Fuerzas Armadas y la organización y medios de las instituciones militares no se vean perjudicadas ni puestas en peligro.

4.1.2. Aproximación sucinta al concepto de bien jurídico

El concepto dogmático del bien jurídico penal está asentado en la doctrina, pero siendo más teórico que descriptivo³⁸, aunque hay autores que consideran que no está precisado en profundidad, habiéndose acudido a concepciones «metodológicas», siendo, además, un riesgo establecer una concepción rígida, pues la misma no permitiría interpretar *ad futurum* el

³⁵ Cfr. Jescheck, H., y Weigend, T., Tratado de derecho Penal. Parte General, Granada, Comares, 2002, pp. 2 y 8; Jakobs, G., op. cit., p. 53.

³⁶ Rodríguez Devesa, J. M., Derecho penal español. Parte General, Madrid, Dykinson, 1985, p. 35; Colombo, C. J., op. cit., p. 42; Rodríguez Villasante y Prieto, J. L., «El principio...», op. cit., p. 120; Querol y Durán, F., op. cit., p. 19; Zaffaroni, E. R., op. cit., p. 211, este autor considera que no se trata de un derecho excepcional, ya que forma parte del orden jurídico estatal, por lo que le son de aplicación los principios constitucionales, no pudiendo ir contra ellos.

³⁷ Colombo, C. J., op. cit., p. 14, acertadamente pone el acento de gravedad en el bien jurídico lesionado o puesto en peligro antes que en la condición de militar del sujeto activo, sin perjuicio de que, a nuestro juicio, dicha condición de militar del sujeto activo pueda ser un factor determinante para el legislador a la hora de tipificar un injusto penal como militar; Zaffaroni, E. R., op. cit., p. 218, fundamenta la razón de ser del derecho penal militar en el bien jurídico protegido por la norma penal militar y por la condición de *uti miles* del sujeto activo.

³⁸ Lascurain Sánchez, J. A., «Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal», Revista Chilena de Derecho 2, vol. 22, 1995, p. 251; Lascurain Sánchez, J. A., «Bien jurídico y objeto protegible», Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, vol. LX, 2007, p. 119.

tipo penal según la evolución de los valores e intereses de la sociedad³⁹, de ahí que se haya acudido a un concepto mínimo⁴⁰. Diversas han sido las definiciones referidas al bien jurídico, poniendo muchas de ellas el centro de atención en la protección del orden social, pues este constituirá la suma total de todos los bienes jurídicos⁴¹. Muy sucintamente podemos sostener que el bien jurídico constituye algo valioso, un interés o un valor para el orden social, que puede ser abstracto o no, de ahí su protección por la norma penal⁴². El bien jurídico nos presentará algo valioso, una valoración positiva (puede ser un bien psicofísico, una realidad social o una relación jurídica)⁴³, que debe ser objeto de un juicio de valor cuando existan ciertas agresiones frente a la misma, tratándose, en definitiva, del objeto de protección de la norma penal⁴⁴. Los entes ideales o ideológicos no deben ser considerados como bienes jurídicos penales⁴⁵, no así los valores que tienen su fundamento en las convicciones morales de la sociedad⁴⁶. Una vez haya

³⁹ Roxin, C., op. cit., pp. 57-58; Octavio de Toledo y Ubieto, E., «Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 43, mes 1, 1990, p. 11.

⁴⁰ Abanto Vázquez, M. A., «Acercas de la teoría de los bienes jurídicos», *Revista Penal* 18, 2006, p. 4.

⁴¹ Welzel, H., op. cit., p. 6.

⁴² Mir Puig, S., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, Reppertor, 2008, p. 119, sostiene que estarían constituidos por los intereses sociales que por su importancia pudieran merecer una protección penal; Gil Gil, A., et al., op. cit., p. 8, entiende que es un ente ideal, un valor del orden social protegido; Cerezo Mir, J., op. cit., p. 14, lo define como todo bien, situación o relación deseados y protegidos por el derecho; Jescheck, H., y Weigend, T., op. cit., p. 8, afirma que las normas jurídico-penales están basadas en un juicio de valor positivo sobre bienes vitales que son imprescindibles para la convivencia de las personas en la comunidad y, por ello, deben ser protegidos mediante el recurso de la pena pública; Roxin, C., op. cit., p. 56, sostiene que son circunstancias o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco del sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema. Dentro del concepto de bien jurídico ha surgido una concepción constitucional, cuya idea esencial es que los intereses o valores dignos de protegerse emanan de esta ley de leyes, como por ejemplo la vida, la integridad física, la propiedad, el honor, la dignidad, etc.; cfr. Abanto Vázquez, M. A., op. cit., pp. 8 y ss.; cfr. Alonso Álamo, M., «Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX, 2009, pp. 61 y ss.

⁴³ Cfr. Bustos Ramírez, J. J., y Hormazábal Malareé, H., *Lecciones de Derecho Penal*, vol. I, Madrid, Trotta, 1997, p. 58, quienes consideran el bien jurídico como una realidad social; Welzel, H., op. cit., p. 6; Octavio de Toledo y Ubieto, E., op. cit., p. 5; Cuello Contreras, J., «Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en derecho penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 34, mes 2, 1981, pp. 461 y ss.

⁴⁴ Lascuráin Sánchez, J. A., «Bien jurídico y objeto...», op. cit., p. 126.

⁴⁵ Roxin, C., op. cit., pp. 56-57; Lascuráin Sánchez, J. A., «Bien jurídico y legitimidad...», op. cit., p. 258; Lascuráin Sánchez, J. A., «Bien jurídico y objeto...», op. cit., p. 123.

⁴⁶ Jescheck, H., y Weigend, T., op. cit., pp. 275 y 276.

sido identificado el bien jurídico nos servirá para evaluar el desvalor del resultado del injusto, al poder haber afectado a los valores sociales, y por otro lado nos servirá para apreciar el desvalor de la acción, al expresar las características negativas de la conducta⁴⁷.

4.1.2.1. Funciones

La primera sería sistemática, ya que los códigos penales, normalmente, se ordenan atendiendo a los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro. La segunda se centra en la función teleológica, es decir, interpretativa de la norma penal, toda vez que solamente será constitutivo de delito el injusto que lesione o ponga en peligro un bien jurídico protegido por la norma penal. Este análisis nos conducirá a la valoración de la antijuricidad material que debe reunir todo delito⁴⁸. La conducta descrita en la norma será disvaliosa, ya que la norma penal es una regla de conducta que debe observarse⁴⁹. Será la política criminal estatal la que decida qué bienes jurídicos son merecedores de protección penal, principalmente, atendiendo a la voluntad social imperante del momento, pues lo que tiempo atrás era castigado, al concebirse algunas conductas como indecorosas o contrarias a los valores existentes, a lo mejor actualmente no, al no ponerse en peligro ni lesionarse bien jurídico alguno⁵⁰. Esto último nos enlaza con la tercera función, el bien jurídico constituye un límite del *ius puniendi* del Estado. El poder punitivo estatal debe tener como límite el estado social y democrático en el que nos hallamos, es decir, la tipificación de ciertas conductas debe únicamente llevarse a cabo si las mismas ponen en peligro o lesionan el orden social y democrático, habiéndose abandonado el intervencionismo estatal⁵¹. Por último, podemos atribuir al bien jurídico una función de proporcionalidad de la sanción penal, en el sentido de que cuanto mayor

⁴⁷ Lascurain Sánchez, J. A., «Bien jurídico y objeto...», op. cit., p. 127.

⁴⁸ López Lorca, B., «La antijuricidad material y su proyección en el derecho penal militar. La delimitación del bien jurídico militar», Derecho Penal Militar, De León Villalba (dir.), F. J., López Lorca, B. (coord.), Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 71 y ss.

⁴⁹ Lascurain Sánchez, J. A., «Bien jurídico y legitimidad...», op. cit., p. 258.

⁵⁰ Mir Puig, S., op. cit., pp. 161 y ss.; Lascurain Sánchez, J. A., «Bien jurídico y legitimidad...», op. cit., p. 252; Abanto Vázquez, M. A., op. cit., p. 6; Octavio de Toledo y Ubieto, E., op. cit., p. 8, como acertadamente este autor indica, el estado debe proteger ciertos intereses relacionados con la vida y orden social, todo ello por imperativo de lo dispuesto en el art. 1.1 de la Constitución Española, que condensa la fórmula de un «Estado social y democrático de Derecho».

⁵¹ Octavio de Toledo y Ubieto, E., op. cit., pp. 12 y ss.; Cuello Contreras, J., op. cit., p. 463.

haya sido la lesión o la puesta en peligro del bien, mayor será la pena a imponerse y viceversa⁵².

4.1.2.2. Clases

a) *Bienes jurídicos individuales*. Serían aquellos que sirven a los intereses de una persona o de un determinado grupo de personas; siendo el portador el individuo (la vida, la integridad física, el honor, la dignidad, la propiedad, etc.)⁵³.

b) *Bienes jurídicos colectivos*. Serían aquellos que sirven a muchas personas, suponiendo una anticipación a la tradicional protección de los individuales, pues dentro de los bienes colectivos están insertos aquellos. Con este tipo de bienes se pretende evitar situaciones que pondrían en peligro los bienes individuales (salud pública, seguridad vial, etc.)⁵⁴. Un bien jurídico será colectivo cuando sea real y jurídicamente imposible dividirlo en partes y asignar una porción de este a un individuo⁵⁵. Lo capital de los bienes colectivos radica en que fijan las condiciones necesarias para que los individuales que están tras ellos puedan cumplir una función social⁵⁶. El Estado no es el titular de los bienes jurídicos, sino el objeto de protección de la norma penal, en cuanto instrumento capital para garantizar el disfrute de los bienes individuales y de la organización de la convivencia social⁵⁷.

c) *Bienes jurídicos supraindividuales*. Se trataría de un *tertium genus* en atención a su portador y su relación con el resto de bienes jurídicos, encontrando su fundamento en la protección de las condiciones necesarias para el funcionamiento del sistema, sin implicar una garantía negativa para los bienes jurídicos individuales (seguridad del Estado, administración de justicia)⁵⁸. Algunos autores consideran esta categoría de bienes jurídicos como propia de los colectivos⁵⁹.

⁵² Cfr. Mir Puig, S., op. cit., p. 164; Bustos Ramírez, J. J., y Hormazábal Malareé, H., op. cit., p. 61; Lascuraín Sánchez, J. A., «Bien jurídico y legitimidad...», op. cit., p. 254.

⁵³ Gil Gil, A., et al., op. cit., p. 10; Hefendehl, R., «¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto», Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 4, vol. 14, 2002, p. 3; Jescheck, H., y Weigend, T., op. cit., p. 277.

⁵⁴ Gil Gil, A., et al., op. cit., p. 11; Hefendehl, R., op. cit., p. 4.

⁵⁵ Hefendehl, R., op. cit., p. 4; Soto Navarro, S., «Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos», Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, vol. 58, 2005, p. 888.

⁵⁶ Gil Gil, A., et al., op. cit., p. 11.

⁵⁷ Soto Navarro, S., op. cit., p. 889; Jescheck, H., y Weigend, T., op. cit., p. 277.

⁵⁸ Gil Gil, A., et al., op. cit., p. 12.

⁵⁹ Bustos Ramírez, J., Control social y sistema penal, Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias, 1987, p. 200.

4.1.3. Bienes jurídicos del orden militar

La teoría expuesta de los bienes jurídicos podemos trasladarla al orden militar, pues este ostenta una serie de valores, intereses, realidades sociales y jurídicas que deben ser protegidos frente a determinadas agresiones que los lesionan o ponen en peligro. Ahora bien, las singularidades propias que ostenta la institución militar, sobre todo, en relación al uso legítimo de la fuerza en situaciones de combate o durante el desarrollo de cualquier otra operación militar, hace que el estudio del bien jurídico sea más complejo que en circunstancias normales. Si bien es cierto que el militar es un ciudadano más de la sociedad, siéndole de aplicación el ordenamiento jurídico como a cualquier otro, no es menos cierto que aquel está sujeto a una serie de normas singulares y propias, totalmente diferentes a las de otro empleado público, incluidos los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad⁶⁰. La primera regla esencial del comportamiento del militar es la entrega de la vida en la defensa de España, siempre que fuere necesario, llegando a prescindir de su bien máspreciado. La finalidad de esta entrega absoluta no es otra que cumplir con exactitud y eficacia el mandato constitucional conferido a las Fuerzas Armadas en el art. 8.1 de la CE, que está vinculado a la defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas de la sociedad española y a la defensa de los principios y garantías constitucionales⁶¹. Esta estrecha relación nos conduce a conferir a las misiones militares del art. 8.1 de la CE un carácter funcional para el sistema de la sociedad⁶², siendo, pues, pertinente la tipificación de ciertas conductas que pusieran en peligro o lesionasen los intereses militares que entorpeciesen estas misiones. Asimismo, la organización *sui generis* de las instituciones militares es diferente a cualquier otra, presidiendo una serie de valores tradicionales que deben ser protegidos frente a ciertas agresiones. La disciplina, la subordinación y la jerarquía son objetos valiosos que, partiendo de una concepción finalista, sirven para asegurar, en aplicación del art. 103

⁶⁰ Esto se traduce en el primer deber que tiene todo militar, ex art. 6.1 regla primera de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de los derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas: «La disposición permanente para defender a España, incluso con la entrega de la vida cuando fuera necesario, constituye su primer y más fundamental deber, que ha de tener su diaria expresión en el más exacto cumplimiento de los preceptos contenidos en la Constitución, en la Ley Orgánica de la Defensa Nacional y en esta ley».

⁶¹ Cfr. Casado Burbano, P., «Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución Española», *Revista Española de Derecho Militar* 36, 1978, pp. 14 y ss.

⁶² López Lorca, B., op. cit., p. 105, no obstante esta autora pone en entredicho esta tesis, al considerar que se incurre en un notable grado de abstracción el determinar cómo una lesión o puesta en peligro de los intereses militares influiría en los procesos de participación del individuo en la sociedad.

de la CE, el cumplimiento exacto y eficaz de las misiones constitucionales atribuidas a las instituciones militares⁶³, así como para preservar el régimen singular de su organización castrense. La suma de todos los bienes protegidos constituirá el núcleo esencial del orden militar. La importancia de los cometidos asignados por el legislador constituyente a los militares se traduce en la expresión diaria del más exacto cumplimiento de sus deberes y obligaciones, sencillamente para que, llegado el momento en que deban ejecutarse las operaciones militares o las misiones encomendadas por el Gobierno, no haya duda alguna que pudiera poner en peligro su fiel cumplimiento, pues ello redundaría negativamente en la sociedad a la que sirven y a la que pertenecen.

4.1.3.1. Críticas al bien jurídico del orden militar

Afirmar que el derecho penal militar se fundamenta en la protección de virtudes morales, tales como el valor, la lealtad, el compañerismo, etc., con la consecuente disminución del principio de protección exclusiva de bienes jurídicos⁶⁴, resulta sumamente arriesgado, pues está asentada la tesis de que los valores morales sí pueden ser protegidos penalmente, siendo legítima esta decisión político-criminal⁶⁵. Lo protegido en todo caso son bienes jurídicos que tienen su fundamento, en primer lugar, en el cumplimiento de las misiones constitucionales previstas en el art. 8.1 de la CE y en el art. 15 de la Ley de Defensa Nacional; en segundo lugar, en el conjunto de derechos y obligaciones que le son inherentes a todo militar, propias del ámbito castrense, contempladas en las Leyes Orgánicas 11/2007, de 22 de octubre, y 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil y de las Fuerzas Armadas; y en último lugar, en el código de conducta de los militares que define las reglas de comportamiento de acuerdo con la Constitución y el ordenamiento jurídico. Todas estas normas sirven en última instancia para garantizar la seguridad de los ciudadanos y salvaguardar sus derechos y libertades fundamentales.

⁶³ Rodríguez Villasante y Prieto, J. L., «El principio...», op. cit., p. 136; López Lorca, B., op. cit., p. 109.

⁶⁴ López Lorca, B., op. cit., pp. 100 y ss., quien entiende que el derecho penal militar está dirigido a proteger entidades distintas a los bienes jurídicos, pues considera que el menoscabo de estos intereses difícilmente ocasionarían una disfuncionalidad en el cumplimiento de las misiones constitucionales otorgadas a las Fuerzas Armadas, en referencia a la disciplina y subordinación jerárquica; en definitiva, no habría un daño a la sociedad ni se impediría la autorrealización y desarrollo de la persona.

⁶⁵ Jescheck, H., y Weigend, T., op. cit., p. 276.

Las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil son instituciones del Estado que forman parte de la Administración⁶⁶. Su organización *sui generis* y las misiones que pueden desempeñar merecen una protección penal especial, básicamente, porque son distintas y mucho más exigentes que cualquier otra institución del Estado. No obstante, en relación a la Guardia Civil nos referimos a las misiones de carácter militar que puedan desempeñar, pues las misiones de naturaleza policial no deberían ser objeto de la protección penal especial a la que nos referimos. La sociedad, a través del legislador, ha querido que estas instituciones tengan un alto grado de exigencia, pues en ellas residen unos intereses y valores consuetudinarios que son imprescindibles para que el militar, en un momento determinado, esté perfectamente formado para cumplir sus cometidos⁶⁷. El debate crítico se ha centrado, *inter alia*, en los delitos contra la disciplina, ya que se considera que el hecho de que un militar maltrate de obra a un superior no pondría en peligro las misiones constitucionales encomendadas a las instituciones militares, siendo así que la disciplina, interés protegido en este delito, podría ser igualmente protegida en sede disciplinaria, debiéndose proteger el valor de la integridad física en sede penal, a través de la norma penal común; esto nos conduciría a una despenalización de los delitos militares antedichos⁶⁸. Esta afirmación no podemos compartirla; pero, además, contradice lo manifestado por el Tribunal Constitucional, que de manera constante ha dicho que el derecho penal militar puede reflejar ciertas peculiaridades respecto del régimen penal común, con justificación en las exigencias de la organización militar⁶⁹.

⁶⁶ A favor de una posición institucionalista, cfr. Fernández Segado, F., «La posición constitucional de las Fuerzas Armadas», *Revista Española de Derecho Militar* 67, 1996, pp. 36 y ss.; Trillo-Figueroa Martínez-Conde, F., op. cit., pp. 74 y ss.; Casado Burbano, P., op. cit., pp. 8 y ss.; López Garrido, D., «La posición constitucional de las Fuerzas Armadas», *Revista de Administración Pública* 100-102, vol. II, 1983, pp. 957 a 959; a favor de una posición administrativista, cfr. López Ramón, F., op. cit., pp. 365 a 369; López Lorca, B., op. cit., p. 107. En este estudio nos posicionamos sobre la tesis institucionalista, con base en los argumentos esgrimidos por los autores citados y por el hecho de que el propio Código Penal tipifica ciertos injustos cometidos contra las instituciones del estado, refiriéndose expresamente a los Ejércitos (art. 504 del Código Penal).

⁶⁷ Cfr. Fernández Segado, F., «La posición...», op. cit., p. 26.

⁶⁸ López Lorca, B., op. cit., p. 111.

⁶⁹ Sentencia 371/1993, de 13 de diciembre, F.J. 4.º: «Dentro de las limitaciones a los derechos del art. 20 CE, deben singularizarse aquellas referentes a los miembros de las Fuerzas Armadas, en atención a las peculiaridades de estas y las misiones que se les atribuyen. Dadas las importantes tareas que a las Fuerzas Armadas asigna el art. 8.1 CE, representa un interés de indudable relevancia en el orden constitucional el que las mismas se hallen configuradas de modo que sean idóneas para el cumplimiento de esos cometidos (ATC 375/1983). A tal fin, la atención de las misiones que les encomienda el mencionado precepto constitucional requiere una adecuada y eficaz configuración de las Fuerzas Ar-

En suma, la especialidad del derecho penal militar ha dejado de ser meramente topográfica, trasladándose su fundamento a la protección de unos bienes jurídicos concretos mediante la norma penal militar⁷⁰. Estos bienes son especiales, ostentando, pues, una singularidad propia, de la que se deduce un alto grado de exigencia en los militares para no desvalorar lo valioso, *inter alia*, de la disciplina, realidad social de las instituciones militares, y de la subordinación y jerarquía, realidad jurídica de estas. Llevar hasta el último extremo el presupuesto de la «dañosidad social», inherente en la teoría del bien jurídico, a los delitos contra la disciplina, tal y como sostienen algunos autores, requiriéndose una conexión entre el menoscabo a la disciplina y la persona, impidiéndose a esta su libre desarrollo y autorrealización, vacía de contenido la esencia del bien jurídico del orden militar, y lo relega a una categoría inferior a todo interés militar. No es cierto que el derecho penal militar sirva únicamente para garantizar los fines de las instituciones militares, con base en una concepción institucionalista. Sirve para proteger auténticos bienes jurídicos. Si bien es cierto que la comisión de un delito de insulto a superior no causa un daño social visible, con base en una teoría del efecto espiral o resaca este injusto podría ocasionar una acumulación o imitación que sí causaría un daño social evidente⁷¹. Pensemos en una conducta desobediente: difícilmente a un ciudadano le afectaría en sus derechos y libertades que un soldado haya desobedecido una orden concreta de un superior, no existiría aparentemente un daño social. Sin embargo, si no existiese una norma penal militar que protegiese lo valioso de la disciplina, tal conducta podría ser imitada por toda una

madas, de la que, entre otras singularidades, deriva su indispensable y específico carácter de organización profundamente jerarquizada, disciplinada y unida (arts. 1 y 10 RR. OO.). Como consecuencia de ello, y de acuerdo con la doctrina constitucional antes citada, no cabe duda de que el legislador puede introducir determinadas peculiaridades o establecer límites específicos al ejercicio de las libertades reconocidas en la Constitución por los miembros de las Fuerzas Armadas, límites que supondrían una diferenciación respecto del régimen general y común de esas libertades. Este régimen especial puede suponer peculiaridades tanto de orden procedimental (como manifestamos en las STC 21/1981, fundamento jurídico 9.º, 97/1985, fundamento jurídico 4.º, y 180/1985, fundamento jurídico 2.º) como de orden sustantivo, al introducirse previsiones sancionadoras diferentes de las aplicables al resto de los ciudadanos; como se afirmaba en la STC 107/1986, fundamento jurídico 4.º, «el legislador puede introducir determinadas peculiaridades en el Derecho Penal militar que supongan una diferenciación del régimen penal común, peculiaridades que hallan su justificación en las exigencias de la organización militar), consideración esta naturalmente aplicable también al régimen disciplinario».

⁷⁰ Rodríguez Villasante y Prieto, J. L., «El derecho militar del siglo xxi: un proyecto de código penal militar complementario», *Revista Española de Derecho Militar* 77, 2001, p. 99.

⁷¹ Abanto Vásquez, M. A., op. cit., p. 12.

fuerza, poniéndose en peligro la eficacia del servicio y creándose así un ambiente favorecedor de la comisión de otras conductas reprochables, poniéndose, ahora sí, en peligro la convivencia en sociedad. Aquí reside lo especial del valor de la disciplina, de la subordinación y la jerarquía, en el sentido de que sirven para garantizar *ad intra* el interés capital de la organización militar frente a las agresiones más graves⁷², pero también *ad extra*, originándose así el vínculo entre el daño social y el bien jurídico menoscabado o puesto en peligro.

4.1.3.2. Tipos de bienes jurídicos castrenses

Bienes jurídicos primarios del orden militar

Serían aquellos que son únicos del ámbito castrense, a saber, la disciplina, la subordinación, la jerarquía y el servicio, estando solamente protegidos por el derecho penal militar, concretamente, en los delitos contra la disciplina (título segundo del libro II del CPM)⁷³ y contra el servicio (título cuarto del libro II del CPM)⁷⁴. Los delitos contenidos en los títulos antedichos en muchas ocasiones albergarán otros valores dignos de protección penal, como por ejemplo, en el delito de deslealtad, lo valioso de la lealtad, que debe imperar en las Fuerzas Armadas, *ex art.* 10 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas (ROFAS), tratándose igualmente de un bien jurídico primario y exclusivo del orden militar⁷⁵, o en el delito de abandono de destino, lo valioso de la disponibilidad permanente para el servicio, que se traduce en el deber permanente de presencia, *ex art.* 20 de las ROFAS, también considerado un bien jurídico primario militar.

⁷² Cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional 179/2004, de 21 de octubre, y 97/1985, de 13 de febrero.

⁷³ Los delitos del título II del libro II del CPM son los delitos de sedición militar, insulto a superior, desobediencia y abuso de autoridad.

⁷⁴ Los delitos contra el servicio tipificados en el título IV del libro II del CPM son los delitos de cobardía, deslealtad, contra el deber de presencia y prestación del servicio, contra los deberes del mando, el quebrantamiento del servicio, la omisión del deber de socorro, contra la eficacia del servicio y contra otros deberes del mando

⁷⁵ Cfr. Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2015, F.J. 4.º, donde se indica «que la lealtad en el ámbito castrense constituye un valor relevante resaltado por las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas que debe presidir las relaciones entre las personas integradas en la organización militar, sobre todo en las relaciones jerárquicas, y cuyo componente nuclear es el deber de veracidad en los asuntos del servicio y que el reproche penal se asienta en el grave quebranto de la relación de confianza en el ámbito funcional que se produce cuando se facilita información falsa o desnaturalizada sobre asuntos del servicio».

Bienes jurídicos compartidos del orden militar

Serían aquellos que están íntimamente ligados a las misiones constitucionales encomendadas a la institución militar en el art. 8 de la CE, pero que se encuentran también protegidos en el Código Penal. El legislador, por cuestiones de política criminal, ha decidido tipificar en el CPM ciertos injustos cuyo objeto valioso también está protegido en el Código Penal, pero a causa del desvalor de la acción o del resultado del injusto este último no lo protege adecuadamente. Dentro de estos bienes jurídicos se incluyen la seguridad y la defensa nacional, que están protegidos por los delitos militares tipificados en el título primero del libro II del CPM⁷⁶.

Bienes jurídicos secundarios del orden militar

Serían aquellos objetos valiosos para el orden militar que aparecen también protegidos en el Código Penal, no estando íntimamente ligados a las misiones constitucionales encomendadas a la institución militar, pero que por razón del sujeto activo, del lugar de comisión del injusto o del momento y circunstancias en que se ejecutan, se protegen mediante normas penales militares, pues el desvalor de la acción no se encuentra en su totalidad recogido en la norma penal común. Entre estos bienes jurídicos encontramos el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas de los militares⁷⁷, protegido en los delitos militares del título tercero del libro II del CPM, el patrimonio en el ámbito militar, protegido en los

⁷⁶ Los delitos tipificados en el título I del libro II del CPM son los delitos de traición militar, espionaje militar, revelación de secretos e información relativa a la seguridad y defensa, atentados contra medios y recursos de la seguridad y defensa nacional, incumplimiento de bandos militares, contra centinela, autoridad militar, fuerza armada o policía militar y ultrajes a España e injurias a la organización militar.

⁷⁷ Obsérvese que los artículos 510 a 526 del Código Penal castigan los delitos relativos a los derechos fundamentales y las libertades públicas. Sin embargo, los artículos 49 y 50 del CPM protegen todos los derechos fundamentales y libertades públicas de los militares frente a los actos que los limiten o impidan su ejercicio arbitrariamente, eso sí, llevados a cabo por otro militar en determinadas circunstancias, a saber, en acto de servicio, en lugares afectos a las Fuerzas Armadas o la Guardia Civil o públicamente; igualmente, estos delitos militares protegen la integridad física e indemnidad sexual de los militares frente a cualquier maltrato de obra, trato degradante o humillante o frente a los abusos o agresiones sexuales que puedan sufrir de otros militares en las circunstancias antedichas. En definitiva, se lleva a cabo una protección íntegra de los derechos fundamentales y libertades públicas de los militares cuando se encuentren de servicio, en lugares afectos a las Fuerzas Armadas o Guardia Civil o cuando el acto punible se cometa públicamente; estos elementos contextuales serán los que caractericen a estos bienes jurídicos como del orden militar.

delitos militares del título quinto del libro II del CPM, o la salud pública de los delitos contra la eficacia del servicio del art. 76 del CPM.

4.1.3.3. Conclusiones sobre el bien jurídico del orden militar

Atendiendo a lo expuesto podemos ofrecer unas conclusiones sobre el bien jurídico del orden militar:

a) La norma penal militar está dirigida a proteger unos bienes jurídicos determinados del orden militar, esta es la razón de ser del derecho penal militar. Muchos de estos valores serán abstractos y basados en convicciones valorativas o espirituales de parte de la sociedad⁷⁸, en la que están insertos los militares.

b) Estos objetos valiosos pueden ser primarios y exclusivos del orden militar; otros, compartidos con el orden penal común, estando íntimamente ligados a las funciones esenciales de las instituciones militares; y por último, existen unos objetos valiosos secundarios del orden militar que por la condición del sujeto activo, el lugar de comisión del delito o su realización durante el servicio interesa a la institución militar su protección en el CPM.

c) Los bienes jurídicos del orden militar pueden ser individuales, al protegerse derechos subjetivos de los militares (la vida, la integridad física, la dignidad, etc.⁷⁹); pueden ser colectivos, estando protegidos en los delitos contra la eficacia del servicio previstos en los art. 75.1.º, 2.º y art. 76 del CPM⁸⁰ y en los delitos contra la disciplina; y pueden ser supraindividuales, estando protegidos en los delitos contra la seguridad y defensa nacional.

d) La puesta en peligro o lesión de los bienes jurídicos del orden militar mediante ciertas agresiones pueden ocasionar *in stricto sensu* o *lato sensu* un daño social.

⁷⁸ Jescheck, H., y Weigend, T., op. cit., pp. 275 y 276.

⁷⁹ El mejor ejemplo de esta clase de bienes jurídicos lo encontramos en los delitos tipificados en el título tercero del CPM, delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas de los militares (arts. 49 y 50 del CPM).

⁸⁰ Estos delitos castigan el ejecutar o no impedir en lugar o establecimiento afecto a las Fuerzas Armadas o Guardia Civil actos de incendio, estragos o que originasen un grave riesgo para la seguridad de la fuerza, unidad, establecimiento, buque de guerra o de la Guardia Civil o aeronave militar.

e) Las agresiones de escasa relevancia a los bienes jurídicos del orden militar deben quedar relegadas, en cualquier caso, al ámbito disciplinario, en aplicación del postulado de *ultima ratio*.

4.2. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DEL CPM

La redacción del art. 1.4 y 5 del CPM supuso un intenso debate en la correspondiente tramitación parlamentaria, de hecho el Anteproyecto aprobado por el Consejo de Ministros y remitido a las Cortes Generales sufrió modificaciones en los apartados antedichos, a causa de las enmiendas efectuadas por los grupos parlamentarios. Dicho esto, al apartado 1.4 del CPM no se presentaron enmiendas. Por el contrario, al apartado 1.5 se presentaron en el Congreso de los Diputados las enmiendas núms. 3 y 4 del Grupo Parlamentario de la Izquierda Plural, la enmienda núm. 34 del Grupo Parlamentario Unión Progreso y Democracia, la enmienda núm. 73 del Grupo Parlamentario Catalán (CiU) y la enmienda núm. 103 del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV), todas ellas coincidentes en la supresión del apartado 1.5 y con idéntica justificación. El Grupo Parlamentario Socialista formuló la enmienda núm. 130, proponiendo la aplicación del CPM a los miembros de la Guardia Civil (además de los supuestos del artículo 1.4) «cuando se trate de acciones u omisiones tipificadas en el Título II, relativo a los delitos contra la disciplina, de su Libro segundo. En todos estos casos se excluyen aquellas acciones u omisiones que fueran encuadrables en actos propios del servicio desempeñado en el ejercicio de funciones de naturaleza policial». Esta enmienda se justificaba por entender que la inclusión (frente a la prácticamente genérica del Proyecto) debe estar limitada a aquellos ilícitos que tienen una relación directa con la naturaleza militar de la Guardia Civil, por tanto, a los delitos contra la disciplina. Ninguna de estas enmiendas fue aceptada en la Ponencia⁸¹ ni en la Comisión de Defensa⁸². El Pleno del Congreso de los Diputados rechazó las expresadas enmiendas y aprobó el texto del artículo 1.5 del Proyecto⁸³.

En el Senado y con el mismo contenido se reprodujeron las enmiendas presentadas en el Congreso por los grupos parlamentarios y senadores siguientes: Izquierda Unida (enmienda núm. 1), Grupo Parlamentario Vasco

⁸¹ Boletín Oficial del Congreso de los Diputados 110-3, de 3 de junio de 2015, p. 2.

⁸² Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados 822, de 2 de junio de 2015, pp. 13 y 14. Boletín Oficial del Congreso de los Diputados 110-4, de 11 de junio de 2015.

⁸³ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados 287, de 11 de junio de 2015. Boletín Oficial del Congreso de los Diputados 110-5, de 19 de junio de 2015.

(enmienda núm. 40), Grupo Parlamentario de Entesa pel Progrés de Catalunya (enmienda núm. 54), Grupo Parlamentario Catalán (enmienda núm. 93) y Grupo Parlamentario Socialista (enmienda núm. 119). El Grupo Parlamentario Popular formuló las enmiendas núms. 127 y 128, que modificaban el artículo 1.5 y consecuentemente el Preámbulo del Proyecto, en el sentido que finalmente fue aprobado⁸⁴. La Ponencia por mayoría⁸⁵ acordó incorporar al texto las enmiendas 127 y 128 y rechazó las demás. La Comisión aceptó como Dictamen el texto de la Ponencia⁸⁶. El pleno del Senado⁸⁷ aprobó el texto del Congreso con las referidas modificaciones formuladas por el Grupo Parlamentario Popular al Preámbulo y al artículo 1.5. Finalmente, el Congreso de los Diputados⁸⁸, el día 1 de octubre de 2015, en votación de conjunto, aprobó por mayoría el Proyecto promulgado como Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar⁸⁹, que entró en vigor el 15 de enero de 2016. La votación de conjunto del Proyecto en el Congreso arrojó el siguiente resultado: 184 votos a favor (Grupo Parlamentario Popular, UPN y Foro), 123 en contra (Grupo Parlamentario Socialista, CIU, PNV, Izquierda Plural, UPyD, BNG y Geroa Bai) y 4 abstenciones (Amaiur).

⁸⁴ La enmienda se justificaba de la forma siguiente, se suprime la referencia del art. 1.5 del Proyecto a los delitos militares previstos en el art. 9.2 letra a) por estimarse que están comprendidos en el art. 1.4 del Proyecto. Se clarifica el resto del precepto por entender que la remisión al título II del libro segundo del Proyecto (delitos contra la disciplina) no debe ser abarcada por la cláusula excluyente de aquellas acciones u omisiones que fueran encuadrables en actos propios del servicio desempeñado en el ejercicio de funciones de naturaleza policial. Se mantiene la referencia a los títulos I, III y IV del libro segundo, por afectar a bienes jurídicos propios del orden castrense. En los supuestos de aplicación de los títulos I, III y IV se excluyen aquellas acciones u omisiones que fueran encuadrables en actos propios del servicio desempeñado en el ejercicio de funciones de naturaleza policial. Se significa que el art. 1.5 del CPM, antes de ser modificado por las enmiendas del Grupo Parlamentario Popular, establecía que «fuera de los supuestos previstos en el apartado anterior, el Código Penal Militar se aplicará a los miembros de la Guardia Civil y a los alumnos pertenecientes a la enseñanza de formación de dicho cuerpo cuando se trate de acciones u omisiones constitutivas de delito militar previstas en el artículo 9.2 letra a) del presente código, así como las tipificadas en los Títulos I, II y III de su Libro Segundo y, si se encuentran previstas en el Título IV, cuando supongan la infracción de los deberes esenciales derivados de los principios de la organización militar. En todos estos casos se excluyen aquellas acciones u omisiones que fueran encuadrables en actos propios del servicio desempeñado en el ejercicio de funciones de naturaleza policial».

⁸⁵ Boletín Oficial del Senado 576, de 6 de agosto de 2015, p. 3.

⁸⁶ Diario de Sesiones del Senado 511, de 29 de julio de 2015; Boletín Oficial del Senado 576, p. 35.

⁸⁷ Diario de Sesiones del Senado 168, de 2 de septiembre de 2015.

⁸⁸ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados 309, de 1 de octubre de 2015.

⁸⁹ Boletín Oficial del Estado 247, de 15 de octubre de 2015, pp. 95715-95746.

4.3. TÉCNICA LEGISLATIVA DE NIVELES DE APLICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL MILITAR A LA GUARDIA CIVIL

4.3.1. Primer nivel: aplicación íntegra del CPM

Este primer nivel conlleva una sujeción íntegra y completa al texto punitivo castrense, sin exclusión alguna, no habiendo supuesto ninguna novedad, toda vez que el párrafo 2.º del art. 7 bis del CPM de 1985 ya contemplaba esta posibilidad, siendo aceptada esta regulación⁹⁰. Así, el art. 1.4 del CPM establece que:

«El presente Código se aplicará a los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil y a los alumnos pertenecientes a la enseñanza de formación de dicho cuerpo en los siguientes supuestos: a) En tiempo de conflicto armado; b) Durante la vigencia del estado de sitio; c) En el cumplimiento de las misiones de carácter militar que se les encomienden; d) Mientras se encuentren integrados en Unidades de las Fuerzas Armadas».

4.3.1.1. Tiempo de conflicto armado

La referencia efectuada al término de «tiempo de conflicto armado» ha supuesto una novedad respecto del anterior CPM, el cual se refería al concepto de «en tiempo de guerra», definido formalmente aunque, a nuestro juicio, no materialmente. Ciertamente, el término previsto en el art. 1.4 del CPM, al que se hace alusión en otros muchos preceptos penales del texto, se trataría de un concepto jurídico indeterminado, que deberá determinarse por los tribunales correspondientes caso por caso. Igualmente, es un elemento contextual del injusto que ocasionará que la punibilidad de la conducta reprochable sea mayor o que algunos injustos penales se militaricen si son cometidos en esta situación *de facto* por personal militar, como sucede con los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (art. 9.2.a del CPM). Esta presunta indeterminación no puede hacernos pensar que nos hallemos ante un concepto que menoscabe la seguridad jurídica o el principio de legalidad, sencillamente, porque en el ámbito de la justicia penal internacional ya ha sido definido el término *conflicto armado* por los Tribunales Internacionales Penales *ad hoc* de Ruanda y la antigua Yugos-

⁹⁰ De León Villalba, F. J., *op. cit.*, p. 135; Marchal Escalona, A. N., *Manual de derecho disciplinario de la Guardia Civil*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2008, pp. 34 y 35.

lavia y por la Corte Penal Internacional⁹¹. Sea como fuere, la situación de conflicto armado es una situación *de facto*, es decir, no puede quedar al arbitrio de las partes contendientes el decidir si existe dicha contienda armada o no, por lo que corresponderá a los tribunales resolver si una situación de violencia armada concreta alcanza el umbral de un conflicto armado. La aplicación íntegra del CPM a la Guardia Civil en la situación de conflicto armado es razonable, al contribuir directamente a la defensa nacional a causa de su naturaleza y organización militar, dependiendo directamente del ministro de Defensa en estos casos y siendo sus acciones coordinadas por el Consejo de Defensa Nacional, *ex art.* 25 de la Ley de la Defensa Nacional⁹². Asimismo, no resultaría extraño que durante esta situación los guardias civiles se integrasen en unidades militares, ya que estas serían las encargadas de llevar a cabo las operaciones militares, sin perjuicio de que el ministro de Defensa les pudiese encomendar otras misiones militares. Así pues, en esta situación cualquier cometido, servicio o función de los guardias civiles podría afectar directamente a la seguridad y defensa nacional, de ahí que determinados bienes jurídicos que en tiempo de paz resultaría difícil su menoscabo o puesta en peligro, en tiempo de conflicto armado sí podrían lesionarse, como por ejemplo lo valioso del servicio.

4.3.1.2. Estado de sitio

Esta situación es declarada por el Congreso de los Diputados, según establece el art. 116 de la CE y el art. 32 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Ciertamente, tenemos que diferenciar el estado de sitio de la situación de conflicto armado, toda vez que el primero constituye una situación *de iure* con una regulación propia y

⁹¹ El Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia, en el caso Tadic, sostuvo que «un conflicto armado existe siempre que hay un recurso a la fuerza armada entre Estados o una situación de violencia prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos dentro de un Estado», *cfr.* caso Tadic, IT-94-1-AR72, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2 de octubre de 1995, párr. 70; *cfr.* caso Lubanga de la CPI, sentencia de la CPI de 14 de marzo de 2012, *Prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, párr. 533. De la definición jurisprudencial antedicha se deduce que existen dos tipos de conflictos armados, los internacionales y los no internacionales, debiendo reunir estos últimos los presupuestos de intensidad de los enfrentamientos armados y organización de los grupos armados que luchan contra las fuerzas gubernamentales o contra otros grupos, para distinguir esta situación de las meras tensiones o disturbios internos.

⁹² Millán Garrido, A., *op. cit.*, p. 4.

el segundo es una situación *de facto*⁹³. El meritado art. 32 de la Ley Orgánica 4/1981, establece los presupuestos necesarios para que se declare el estado de sitio, a saber, la realización o amenaza de producirse una insurrección o un acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional. El contenido del precepto legal antedicho coincide con las misiones constitucionales encomendadas a las Fuerzas Armadas en el art. 8 de la CE, por ello no resulta extraño, sino más bien coherente, que en esta situación sea de aplicación en su integridad el CPM a la Guardia Civil, para salvaguardarse la totalidad de bienes jurídicos del orden militar, todos ellos vitales en este especial contexto. Como conclusión, aunque pueden existir escenarios en los que coincidan ambas situaciones, no es menos cierto que el estado de sitio puede declararse aunque no se haya producido agresión alguna contra la soberanía, la independencia o el ordenamiento constitucional, siendo suficiente una amenaza inmediata, cosa que no podemos decir del conflicto armado⁹⁴.

4.3.1.3. Cumplimiento de misiones de carácter militar

Anteriormente tuvimos ocasión de significar que la Guardia Civil tenía una doble dependencia, del ministro de Interior en el desempeño de las funciones que la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, les confería y, a causa de su naturaleza militar, también del ministro de Defensa en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que pudieran encomendárseles, *ex art. 9.b)* de la meritada ley. Estas misiones militares no fueron concretadas hasta que se aprobó el Real Decreto 1438/2010, de 5 de noviembre, por el que se aprueban las misiones de carácter militar que pueden encomendarse a la Guardia Civil. Dicho esto, huelga reseñar que el conjunto de las susodichas misiones son *numerus apertus*, es decir, no se trata de un conjunto tasado de cometidos, todo lo contrario, el ejecutivo consideró preciso que fueran lo suficientemente amplias como para no limitar el potencial de la Guardia Civil en este campo⁹⁵. En este sentido, el

⁹³ Serrano Alberca, J. M., «La definición de tiempo de guerra», Comentarios al Código Penal Militar, Blecua Fragua, R., y Rodríguez Villasante y Prieto, J. L. (coords.), Madrid, Civitas, 1988, p. 311.

⁹⁴ Cruz Villalón, P., Estados excepcionales y suspensión de garantías, Madrid, Tecnos, 1984, p. 108.

⁹⁵ Así, en el art. 3.a).3º del Real Decreto 1438/2010 se establece que: «Las misiones de carácter militar que podrán encomendarse a la Guardia Civil son las siguientes: (...) Aquellas otras actuaciones que se le atribuyan en el marco de las operaciones militares desarrolladas por fuerzas armadas españolas o multinacionales», y según el art. 3.c): «parti-

art. 2 del Real Decreto 1438/2010, de 5 de noviembre, ya nos ilustra sobre qué debemos entender por *misión de carácter militar*; al establecerse que:

«Son misiones de carácter militar que pueden encomendarse a la Guardia Civil las que dicho Cuerpo, por su naturaleza militar y preparación policial, es capaz de desempeñar mediante la integración de miembros de la Guardia Civil o de unidades del Cuerpo en estructuras militares de las Fuerzas Armadas españolas, y, excepcionalmente, en las de una organización internacional».

De esta norma se deduce que las misiones de carácter militar que pueden encomendarse a la Guardia Civil requieren una integración de sus miembros o de sus unidades en estructuras militares de las Fuerzas Armadas o de una organización internacional, todo ello siendo posible por la naturaleza militar del Cuerpo y por su sólida preparación policial. Esto último podría hacernos pensar que estas misiones solo pueden estar vinculadas a una labor policial, pero no es así, ya que entre las misiones que pueden mandarse hallamos la de ejecutar operaciones militares desarrolladas por las Fuerzas Armadas. La integración en la estructura militar de las Fuerzas Armadas para realizar las misiones de carácter militar determinará que se les aplique en su totalidad el CPM, circunstancia lógica, ya que los bienes jurídicos del orden militar quedarían desprotegidos frente a ciertas conductas que pudiesen cometer los guardias civiles en el cumplimiento de las misiones encomendadas. Tal es la necesidad de salvaguardar los valores del orden militar que los guardias civiles que cumplan misiones de carácter militar también estarán sujetos al régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, según establece la disposición adicional quinta de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas⁹⁶.

4.3.1.4. Integración en unidades de las Fuerzas Armadas

Este es el último supuesto en el que se aplica en su integridad el CPM a los guardias civiles. Normalmente, si los guardias civiles están integrados

cipar en aquellas actividades de análoga naturaleza que determine el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Defensa».

⁹⁶ En aplicación de esta disposición, la sujeción de los guardias civiles a este especial régimen disciplinario, el cual permite la imposición de sanciones privativas de libertad, se hará efectiva a partir del momento en que se les notifique individualmente esta circunstancia.

en unidades de las Fuerzas Armadas, es porque están cumpliendo misiones de carácter militar. Al estar integrados en unidades militares los guardias civiles pueden cometer los mismos delitos militares que cualquier otro componente de las Fuerzas Armadas, por ello resulta coherente proteger la totalidad de los bienes jurídicos salvaguardados por la norma penal militar. Durante el tiempo que permanezcan integrados en unidades militares también les será de aplicación el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas.

4.3.2. Segundo nivel: aplicación parcial del CPM

Este nivel constituye una de las principales novedades del CPM, toda vez que se ha determinado la aplicación parcial de una parte de la norma penal militar a la Guardia Civil en situaciones de normalidad y cuando no estén integrados en unidades de las Fuerzas Armadas o realizando misiones de carácter militar. En suma, la norma penal militar les resulta aplicable en todo momento y circunstancia, aun cuando estén llevando a cabo actos propios de naturaleza policial. Así, el art. 1.5 párrafo 1.º del CPM establece que:

«Fuera de los supuestos previstos en el apartado anterior, el Código Penal Militar se aplicará a los miembros de la Guardia Civil y a los alumnos pertenecientes a la enseñanza de formación de dicho cuerpo cuando se trate de acciones u omisiones constitutivas de delito militar previstas en el Título II del Libro Segundo de este Código».

Los delitos militares tipificados en el título II del libro II del CPM son los denominados delitos contra la disciplina, delito de sedición militar (capítulo I, arts. 38 a 41 del CPM), delito de insulto a superior (capítulo II, sección 1.ª, arts. 42 y 43 del CPM), delito de desobediencia (capítulo II, sección 2.ª, art. 44 del CPM) y delito de abuso de autoridad (capítulo II, arts. 45 a 48 del CPM). Estos delitos se caracterizan por que el bien jurídico primario que protege la norma penal militar es la disciplina, sin perjuicio de que se protejan otra serie de valores o intereses que también están salvaguardados en el Código Penal, como sucede con el delito de insulto a superior en su modalidad de calumniar o injuriar gravemente a un superior, previsto y castigado en el art. 43 del CPM, en el que además de la disciplina se protege la dignidad de la persona. La redacción del art. 1.5 párrafo 1.º del CPM puede deberse a la evolución jurisprudencial que la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo llevó a cabo del art. 7 bis del CPM. A nuestro juicio, la aplicación a los miembros de la Guardia Civil de los delitos militares antedichos, en cualquier situación y aun estando realizando servicios propios de naturaleza policial, resulta acertada. Esta

posición se justifica ya que estamos ante delitos estrictamente militares, en los que se protege lo más valioso de cualquier institución de naturaleza militar, a saber, la disciplina. Este bien, el cual constituye una característica primordial de todo militar, *ex art. 7* de las ROFAS, y una norma de actuación del guardia civil, *ex art. 7.1.7* de la Ley 29/2014, de 28 de noviembre, del Régimen del Personal de la Guardia Civil, debe imperar y ser protegido en todo momento, siendo indiferente que el militar/guardia civil esté prestando un servicio de naturaleza policial⁹⁷. Dicha disciplina no puede quedar desprotegida por el mero hecho de que los sujetos activos estén desarrollando un acto propio de naturaleza policial, simplemente, porque nos encontramos ante un interés capital dentro de este instituto armado, el cual hace que funcione con cohesión y con respeto y sujeción al ordenamiento jurídico y a las órdenes legítimas emanadas de los superiores⁹⁸. En suma, lo valioso de la disciplina encuentra su fundamento en la propia organización del instituto armado de la Guardia Civil, así como en su estructura jerarquizada, debiendo salvaguardarse en cualquier situación, tanto de paz como de conflicto armado. Pero, además, hemos de significar que tanto la subordinación como la jerarquía constituyen objetos valiosos que deben protegerse en cualquier circunstancia, estando vinculados directamente con la disciplina, tal y como previene el art. 16 de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, de derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil⁹⁹.

⁹⁷ Pensemos en una situación en la que una pareja de la Guardia Civil persigue a un delincuente, decidiendo en un momento determinado el jefe de pareja, de empleo militar superior, que se detenga la persecución, negándose a ello el otro componente, iniciándose así una discusión en la que este maltrata de obra a aquel. Evidentemente, el injusto cometido lo ha sido en el seno de un acto propio de naturaleza policial, como es la persecución de un delincuente, menoscabándose distintos bienes jurídicos, a saber, la disciplina y la integridad física.

⁹⁸ Resulta interesante reseñar la sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015, en donde se ofrece una definición de disciplina próxima a la mantenida en este estudio; así dicha resolución judicial indicó que «la disciplina constituye un valor nuclear de la organización castrense, de la que forma parte el Cuerpo de la Guardia Civil en cuanto Institución cuya naturaleza militar ha sido invariablemente proclamada. Tenemos dicho que “la disciplina no es otra cosa que el acatamiento del militar, en todos sus actos, del conjunto de normas que regulan el comportamiento de los miembros de las Fuerzas Armadas, y ese acatamiento, con su conducta y con sus palabras, asegura la eficacia de las misiones que tienen encomendadas, de tal manera que así la disciplina se proyecta en la estricta observancia de los deberes militares y constituye virtud esencial de los Ejércitos que, conforme al art. 10 de las Reales Ordenanzas, forman una Institución disciplinada, jerarquizada y unida, lo que es igualmente aplicable de las Instituciones militarmente organizadas”».

⁹⁹ El artículo 16 de la Ley 11/2007, de 22 de octubre, establece que «Los miembros de la Guardia Civil deberán adecuar su actuación profesional a los principios de jerarquía, disciplina y subordinación. En ningún caso la obediencia debida podrá amparar el cum-

Tampoco podemos omitir las dificultades en las que van a encontrarse los operadores jurídicos en la aplicación de determinados tipos sancionadores de naturaleza militar, pues algunos de ellos sancionan comportamientos casi idénticos, por no decir que idénticos, como sucede con la falta muy grave tipificada en el art. 7.15 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, y el art. 44 del CPM¹⁰⁰, preceptos ambos que castigan la desobediencia. Aun así, deberá esperarse a la interpretación que realicen los tribunales competentes al efecto, siendo esto un tema distinto cuyo análisis excedería del asunto aquí estudiado.

4.3.3. Tercer nivel: aplicación condicionada del CPM

Este último nivel de aplicación del CPM no resulta del todo novedoso, pues es una herencia del anterior art. 7 bis del CPM de 1985, pudiendo aplicarse la norma penal militar al guardia civil siempre que el injusto no sea cometido durante un acto propio del servicio de naturaleza policial. Así, el art. 1.5 párrafo 2.º del CPM establece que:

«También se aplicará a las mismas personas por la comisión de los delitos tipificados en los Títulos I, III y IV del Libro Segundo, excluyendo en estos supuestos aquellas acciones u omisiones encuadrables en actos propios del servicio desempeñado en el ejercicio de funciones de naturaleza policial».

El legislador ha decidido que determinados delitos militares solamente sean de aplicación a los guardias civiles cuando no sean cometidos en el seno de actos propios de naturaleza policial. Esto no comporta que la norma penal militar no sea de aplicación a todo guardia civil cuando esté de servicio; lo relevante y decisivo para la exclusión de la aplicación de la

plimiento de órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito o sean contrarios a la Constitución o a las Leyes».

¹⁰⁰ El artículo 7.15 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, tipifica como falta muy grave «la desobediencia grave o la indisciplina frente a las órdenes o instrucciones de un superior, salvo que estas constituyan infracción manifiesta del ordenamiento jurídico», mientras que el artículo 44.1 del CPM dispone que «el militar que se negare a obedecer o no cumpliera las órdenes legítimas de sus superiores relativas al servicio será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión». Como puede apreciarse, los elementos que conforman los tipos sancionadores son cuasi idénticos, incluso la infracción disciplinaria contempla un elemento del delito requerido por la jurisprudencia, a saber, la gravedad de la desobediencia, de ahí la dificultad de calificar un comportamiento desobediente.

norma penal militar es que el injusto cometido lo sea en un acto propio de naturaleza policial que no suponga una actuación *ad intra* de esta institución armada, es decir, durante una acción u omisión directamente relacionada con la ciudadanía. Debemos tener presente que el estar de servicio es una situación en la que no todos los actos efectuados están relacionados con un acto propio de naturaleza policial¹⁰¹.

4.3.3.1. Delitos contra la seguridad y defensa nacional

La aplicación de estos delitos resulta condicionada, pero la consideramos adecuada por los bienes jurídicos que esta norma protege, a saber, lo valioso de la seguridad y defensa nacional, objetos totalmente merecedores de una protección penal especial cuando el infractor es un militar, a causa, esencialmente, de los deberes y obligaciones a los que se encuentran sometidos los militares, *inter alia*, la defensa de España incluso con la entrega de la vida.

4.3.3.2. Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares

Los delitos tipificados en el título III del libro II del CPM protegen los derechos fundamentales y libertades públicas de los militares. Si bien es cierto que tales bienes están también protegidos en el Código Penal, no es menos cierto que los delitos tipificados en los arts. 49 y 50 del CPM incorporan una serie de elementos que incrementan el desvalor de la acción, pues deben ser cometidos públicamente, en lugares afectos a las Fuerzas Armadas o Guardia Civil (acuartelamientos, buques de la Guardia Civil, pabellones, etc.) o en acto de servicio. Estos presupuestos hacen que la protección de los bienes antedichos en la norma penal común no sea ade-

¹⁰¹ Los delitos militares que pueden imputarse a los guardias civiles en este tercer nivel de aplicación son los de traición militar, espionaje militar, revelación de secretos e informaciones relativas a la seguridad y defensa nacional, atentados contra los medios o recursos de la seguridad o defensa nacional, incumplimiento de bando militares, delitos contra centinela, autoridad militar, fuerza armada o policía militar, ultrajes a España e injurias a la organización militar, delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares, delito de cobardía, deslealtad, contra la presencia y prestación del servicio, contra los deberes del mando, quebrantamiento del servicio, delitos de omisión del deber de socorro, delitos contra la eficacia del servicio y contra otros deberes del servicio.

cuada, ya que no se da una respuesta penal acorde y proporcionada al injusto cometido; por ello, entendemos que deben protegerse mediante la norma penal militar. Los bienes jurídicos que se salvaguardan en estos tipos penales los hemos denominado como secundarios del orden militar, *nomen iuris* que no supone, en ningún caso, que no se traten de auténticos objetos valiosos para las instituciones militares, a causa de las circunstancias concretas en que pueden lesionarse, todas ellas vinculadas con el orden militar, constituyendo auténticos criterios de atribución de jurisdicción para los tribunales militares. Estos criterios deben concurrir para que estos delitos estén relacionadas con el orden militar, ya que no es lo mismo que los injustos se cometan en espacios privados o lugares públicos, en los que la seguridad pública no está plenamente garantizada, que si se cometen en establecimientos afectos a la Guardia Civil, en donde se presupone un nivel de seguridad adecuado para garantizar tales bienes. También si se cometen durante el servicio el orden militar se ve afectado, pues la finalidad primaria del servicio no es otra que garantizar la seguridad ciudadana, resultando todavía más reprochable que durante esta situación se lesionen los bienes antedichos. Por último, si el injusto se comete públicamente, también el orden militar resultará perjudicado, ya que la imagen de la Guardia Civil se vería erosionada, tratándose igualmente de un interés digno de protegerse, cuyo fundamento se halla en el art. 7.1.13 de la Ley 29/2014, de 28 de noviembre, del Régimen de Personal de la Guardia Civil, donde se establece que el guardia civil evitará todo comportamiento que pueda comprometer el prestigio del Cuerpo o la eficacia del servicio que presta a la sociedad.

4.3.3.3. *Delitos contra los deberes del servicio*

En nuestra opinión, la aplicación, aun condicionada, a los guardias civiles de los delitos militares tipificados en el título IV del libro II del CPM resulta discutible. Recordemos que la razón de ser del derecho penal militar era salvaguardar los bienes jurídicos del orden militar, tales como la seguridad y defensa nacional, la disciplina, la jerarquía, la subordinación, la organización militar, la lealtad, etc. Entre los fundamentos de protección de estos bienes encontramos el correcto desempeño de las misiones constitucionales previstas en el art. 8 de la CE, las cuales se refieren exclusivamente a las Fuerzas Armadas, no estando, pues, comprendidas dentro de dicho precepto las misiones ordinarias y cotidianas encomendadas a la Guardia Civil, cuyo encaje constitucional se halla en el art. 104 de la

CE¹⁰². El servicio no cabe duda de que se trata de algo valioso que debe protegerse penalmente en todo momento y circunstancia, eso sí, cuando nos refiramos a un servicio militar, el cual se encuentra vinculado a las misiones constitucionales encomendadas a las Fuerzas Armadas. Cuestión distinta es el servicio ordinario de los guardias civiles, el cual normalmente no difiere mucho de los llevados a cabo por otros cuerpos y fuerzas de seguridad del estado.

El art. 6.1 del CPM define los actos de servicio como:

«Son actos de servicio, a los efectos de este Código, todos los que tengan relación con las funciones que correspondan a cada militar en el cumplimiento de sus específicos cometidos».

El CPM no distingue entre servicios militares o policiales, simplemente se remite a las misiones o funciones que corresponden a los guardias civiles. Ahora bien, creemos que el menoscabo ocasionado a los servicios propios de naturaleza policial no debería estar sujeto a la norma penal militar, bien porque podría tratarse de actos encuadrables en actos propios del servicio, rigiendo así la exclusión de la norma penal militar, *ex art. 1.5 párrafo 2.º del CPM*, bien porque en aplicación del principio de *ultima ratio* podrían ser sancionados en sede disciplinaria¹⁰³, al no estar directamente vinculados con las misiones previstas en el art. 8 de la CE¹⁰⁴. Cuestión distinta es cuando los guardias civiles están desarrollando misiones de carácter militar o están integrados en unidades de las Fuerzas Armadas, ya que en estos casos los servicios que prestan serán militares. Sea como fuere, la realización de servicios ordinarios no perjudica ni cuestiona de manera alguna la naturaleza militar de la Guardia Civil¹⁰⁵. En definitiva, si

¹⁰² Cfr. López Arauzo, J. A., op. cit., pp. 170 y ss.; el art. 104 de la Constitución Española dispone que «Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana».

¹⁰³ Cfr. Cuello Contreras, J., op. cit., p. 474; López Lorca, B., op. cit., p. 92.

¹⁰⁴ Recordemos que la sentencia 60/1991, de 14 de marzo, del Tribunal Constitucional determinó que el término «estrictamente castrense» del art. 117.5 de la CE, el cual fundamenta la validez de la jurisdicción militar, estaba relacionado con el objetivo, fines y medios puestos a disposición de las Fuerzas Armadas, es decir, la organización bélica del estado; con la naturaleza del delito, con los bienes jurídicos protegidos o los intereses salvaguardados, que han de ser estrictamente militares; con el carácter militar de las obligaciones o deberes cuyo incumplimiento se tipifica como delito, y con el hecho de que el sujeto activo sea considerado *uti miles*, por lo que la condición de militar sería relevante para determinar el ámbito estrictamente castrense.

¹⁰⁵ Cfr. López Arauzo, J. A., op. cit., p. 175.

el injusto cometido no afecta a algo valioso del orden militar, no debería estar sometido al CPM, entendiendo que el servicio ordinario de seguridad ciudadana y protección de los derechos y libertades públicas de los ciudadanos no afecta al orden militar, cosa que sí ocurre con la disciplina, jerarquía, subordinación u organización militar, de ahí la naturaleza militar de este instituto armado¹⁰⁶. Aun así, existen delitos militares que, además de proteger el servicio, protegen otros objetos valiosos, como el deber permanente de disponibilidad para el servicio, la lealtad o la solidaridad con los compañeros. En estos casos, al encontrarnos ante injustos pluriofensivos, consideramos que la norma penal militar sí debería aplicarse a los guardias civiles, siempre que este otro bien pertenezca al orden militar, como sucede con el delito de abandono de destino (art. 56 del CPM) o el de deserción (art. 57 del CPM), que protegen la disponibilidad permanente para el servicio. Igualmente, el injusto tipificado en el art. 59 del CPM en su modalidad de inutilizarse, simular enfermedad o lesión o emplear cualquier otro engaño para eximirse del cumplimiento de los deberes, podría imputarse a los guardias civiles si el deber eludido es propiamente militar, lo que implicaría que el servicio puesto en peligro sería de esta naturaleza.

5. CONCLUSIONES

La naturaleza militar del Cuerpo de la Guardia Civil hace que sus componentes sean militares de carrera y por ende estén sujetos a las leyes penales y disciplinarias castrenses, residiendo aquí el principal fundamento de su sujeción al CPM. Asimismo, la *ratio essendi* de la existencia del derecho penal militar radica en la protección de bienes jurídicos del orden militar, los cuales podemos calificar como primarios, compartidos y secundarios. Cuando estos bienes jurídicos son puestos en peligro o lesionados mediante determinadas agresiones, la norma penal militar será de aplicación, pudiendo ser los guardias civiles potenciales sujetos activos de los delitos militares que protegen estos objetos valiosos del orden militar. Para clarificar esta tesis, el nuevo CPM ha configurado unos niveles de aplicación de la norma penal militar a la Guardia Civil. Así, en caso de conflicto armado, estado de sitio, realización de misiones de carácter militar o integración en unidades de las Fuerzas Armadas, el CPM resulta de aplicación en su totalidad a los guardias civiles. Esto resulta proporcionado y lógico, pues en estas circunstancias los guardias civiles pueden desempeñar mi-

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 224.

siones estrictamente militares y estar encuadrados en unidades militares, lo que supondrá que todos los bienes jurídicos de la norma penal militar puedan ser puestos en peligro o menoscabados, incluido lo valioso del servicio. Fuera de este supuesto, los delitos contra la disciplina serán aplicables a la Guardia Civil en todo momento y circunstancia, algo natural, dado que la disciplina es un valor capital dentro de la institución que debe estar protegido en toda situación. El resto de delitos tipificados en el CPM, a excepción de los relativos contra el patrimonio en el ámbito militar, solamente serán de aplicación cuando no sean encuadrables en actos propios del servicio desempeñado en el ejercicio de funciones de naturaleza policial. A este respecto, consideramos que muchos de los delitos tipificados en el título IV relativos a los delitos contra los deberes del servicio no podrían ser imputados en situaciones de normalidad a los guardias civiles, bien porque se tratarían de actos propios de naturaleza policial, bien porque en aplicación del postulado de *ultima ratio* deberían ser sancionados en sede disciplinaria, toda vez que lo valioso del servicio estaría en conexión con las misiones constitucionales previstas en el art. 104 de la CE y no con las estipuladas en el art. 8 de la CE, que son el fundamento de la existencia de los bienes jurídicos del orden militar que deben salvaguardarse en sede penal. Por ello, lo valioso del servicio no militar debería protegerse mediante las infracciones disciplinarias tipificadas en la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre.

VIOLENCIA SEXUAL Y CONFLICTOS ARMADOS: LA RESPUESTA DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

Beatriz Garrigues Garrido
Teniente auditor

SUMARIO

I. Introducción. II. Ámbito del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas: Resolución 1325 (2000) y concordantes. 1. Análisis de la Resolución 1325 (2000). 2. Resoluciones concordantes: especial mención a la Resolución 2242 (2015). III. Análisis del marco legal y jurisprudencial internacionales. 1. Antecedentes históricos. 2. Jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia. 2.1. Los crímenes de naturaleza sexual en la jurisprudencia del TPIY. a) Violación como crimen de lesa humanidad. b) Violación como crimen de guerra. 3. Jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR). 3.1. El concepto de violación en la jurisprudencia del TPIR. 3.2. La violación como genocidio en la jurisprudencia del TPIR. 3.3. Cuestiones sin resolver: ¿Transmisión deliberada del VIH/sida como arma de guerra? 4. Tratamiento de la violación y otras formas de violencia sexual como crímenes internacionales por la Corte Penal Internacional. 4.1. Introducción. 4.2. El crimen de violación en el estatuto de Roma. 4.3. Jurisprudencia de la CPI relativa al crimen de violación: la sentencia *Prosecutor v. Bemba*. 4.3.1. Antecedentes. 4.3.2. Cuestiones jurídicas relevantes: a) Condenas criminales múltiples. Aplicación del art. 78.3 del Estatuto para la imposición de penas. b) Elementos del crimen de violación. c) La responsabilidad del superior. IV. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

La violación ha sido utilizada como arma de guerra desde el inicio de la misma historia de los conflictos armados. La violación y otras formas

de abuso sexual a mujeres y niñas, y en ocasiones también a hombres y niños, han abundado siempre en la conducción de las guerras a lo largo de la Historia.

Ya en los textos bíblicos encontramos numerosas narraciones acerca de la captura y violación de mujeres como botín legítimo de la guerra, como expresión del poder de la parte vencedora sobre la vencida¹. Esta concepción se ha perpetuado durante siglos, y de ello encontramos ejemplos en la Antigua Grecia, en el Imperio romano, durante las Cruzadas, etc².

La violación se utilizó por los alemanes como arma de guerra para aterrorizar a la población durante la Primera Guerra Mundial³. Asimismo, durante la Segunda Guerra Mundial se utilizó la violación como arma de guerra y terror contra la población civil, principalmente por los nazis⁴ y por el Ejército Rojo⁵, pero también hay noticias de violaciones masivas por tropas americanas y francesas⁶. Asimismo, durante la guerra Sino-Japonesa (1937-1945), el Ejército japonés invade la ciudad china de Nanking, asesinando y violando a decenas de miles de civiles en lo que se conoce como «La violación de Nanking»⁷.

Tras los horrores de la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional tomó conciencia de la necesidad de codificar las normas de derecho internacional, estableciéndose así unas reglas básicas que asegurasen una mínima protección a la población civil durante los conflictos armados. Estas ideas se plasmaron en los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, completadas en 1977 por los dos Protocolos Adicionales. Estos textos internacionales, junto con los Convenios de La Haya de 1899 y de 1907 que contienen una serie de reglas fundamentales sobre la conducción de las hostilidades, apenas se refieren a la utilización de la violencia sexual contra la población civil, y cuando lo hacen es considerando estos actos

¹ Davis, P. D., «The Politics of Prosecuting Rape as a War Crime», en *The International Lawyer* 4, vol. 34, 2000, p. 1226.

² *Ibid.*

³ *Ibid.*

⁴ Los nazis llevaron a cabo violaciones, inter alia, durante «La Noche de los Cristales Rotos» en 1938, durante la invasión de Polonia en 1939 o en los campos de concentración que tenían repartidos por Europa durante la Segunda Guerra Mundial. En este sentido, véase Rittner, C. y Roth, J. K., «Chronology, 1937-2011» en *Rape: Weapon of War and Genocide*, 1.ª ed., EE. UU., Paragon House, 2012, pp. xxv-xxvi.

⁵ Tras la rendición incondicional de Alemania en 1945, los Aliados ocupan Alemania y se calcula que se dieron aproximadamente 1,9 millones de casos de violación. Véase en este sentido Rittner, C. y Roth, J. K., *op. cit.*, pp. xxvi-xxvii.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*, p. xxv.

como ataques al «honor» o la «dignidad personal»⁸. Este tratamiento de la violación como un ataque al honor proviene de una concepción anticuada según la cual la mujer es «propiedad» del hombre, de modo que un ataque a la mujer supone una humillación y vergüenza para ella y para su núcleo familiar. Esta postura está hoy totalmente abandonada en el derecho internacional, puesto que supone una caracterización incorrecta del crimen de violación y por ello ha sido corregida por la jurisprudencia internacional, como se verá a lo largo de este trabajo.

En la segunda mitad del siglo xx, los episodios de violaciones masivas en contextos de guerra son muy numerosos. Cabe mencionar, sin ánimo de exhaustividad, la guerra entre Argelia y Francia (1954-1962), la guerra de Vietnam (1954-1975), la guerra civil en Guatemala (1960-1996), la guerra civil en Colombia que comenzó en 1964 y se encuentra hoy pendiente de un proceso de paz, el genocidio llevado a cabo por el gobierno de Pakistán contra los bengalíes (1971-1973), el genocidio llevado a cabo por los jemes-rojos en Camboya entre 1975 y 1979, o el conflicto armado en Sudán que comenzó en 1983 y sigue activo a día de hoy⁹.

En el plano del derecho penal se producen una serie de cambios legislativos, principalmente a nivel nacional, puesto que se abandona la idea de la violación como un crimen contra el honor para pasar a considerarla como un crimen contra la autodeterminación sexual. En este sentido, el Código Penal español, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, tipifica la violación y otros actos de violencia sexual como «delitos contra la libertad e indemnidad sexuales».

Sin embargo, fueron las noticias sobre las brutales violaciones masivas en los conflictos que tuvieron lugar durante los años noventa en la ex-Yugoslavia y en Ruanda, las que provocaron los primeros cambios palpables en el tratamiento de la violación en conflicto armado por parte de la comunidad internacional. En este sentido, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas estableció dos tribunales *ad hoc* para juzgar los graves crímenes internacionales cometidos en estos conflictos: el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda¹⁰.

A través de la jurisprudencia de estos dos tribunales se ha ido consolidando en el derecho internacional la concepción que afirma que la violación se utiliza en los conflictos armados como «arma de guerra». Así, la violación es una de las armas más poderosas y rentables para

⁸ Véase en este sentido el capítulo III de este trabajo.

⁹ Véase en este sentido Rittner, C. y Roth, J. K., op. cit., pp. xxvi-xxxvii.

¹⁰ Véase para más información el capítulo III de este trabajo.

destruir las vidas de mujeres consideradas «enemigas». A través de las agresiones sexuales, no solo se ataca a la víctima, sino también a sus familias y comunidades. La capacidad destructiva de la violación como arma se ve multiplicada en aquellas sociedades más tradicionales y patriarcales que consideran a la mujer como propiedad del hombre, como era el caso tanto en la ex-Yugoslavia como en Ruanda¹¹. Mediante el uso de la violación como arma de guerra se consigue aterrorizar a la población, romper familias, destruir comunidades e incluso eliminar una etnia o raza¹².

Las Naciones Unidas han definido la violación como arma de guerra del siguiente modo: «La violencia sexual [usada] como “táctica de guerra” se refiere a actos de violencia sexual que están relacionados con objetivos militares/políticos y que sirven (o pretenden servir) a un objetivo estratégico relacionado con el conflicto»¹³. En el reciente informe del secretario general de Naciones Unidas sobre la materia se afirma que la violencia sexual relacionada con los conflictos «incluye la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, el aborto forzado, la esterilización forzada, el matrimonio forzado y todas las demás formas de violencia sexual de gravedad comparable perpetradas contra mujeres, hombres, niñas o niños que tienen una vinculación directa o indirecta (temporal, geográfica o causal) con un conflicto»¹⁴.

II. ÁMBITO DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS: RESOLUCIÓN 1325 (2000) Y CONCORDANTES

1. ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 1325 (2000)

La Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas se adoptó el 31 de octubre del 2000 y su gran importancia reside en el hecho de que, a través de ella, el Consejo de Seguridad reconoció por primera vez el desproporcionado impacto que la naturaleza cambiante de la guerra

¹¹ Rittner, C., «Are Women Human?», en *Rape: Weapon of War and Genocide*, 1.ª ed., EE. UU., Paragon House, 2012, p. 8.

¹² *Ibíd.*

¹³ UN Action Against Sexual Violence in Conflict, *Analytical and Conceptual Framing of Conflict-Related Sexual Violence* (diciembre 2010). Disponible en: <http://www.stoprapenow.org/uploads/advocacyresources/1321456915.pdf>, consultado el 13/06/2016.

¹⁴ Informe del secretario general sobre la violencia sexual relacionada con los conflictos, 20 de abril de 2016, S/2016/361.

está teniendo sobre las mujeres y niñas. Nos encontramos así en las últimas décadas ante conflictos armados en los que se ataca intencionadamente a civiles, con los especiales matices que ello conlleva para las mujeres tanto en relación a las tácticas utilizadas como a las consecuencias de estas. En este sentido, la Resolución 1325 destaca además el papel esencial que han de jugar las mujeres en la resolución de conflictos y la consecución de una paz sostenible.

Estas ideas se condensan perfectamente en una frase pronunciada por quien era presidente del Consejo de Seguridad cuando se dictó esta resolución, Anwarul K. Chowdhury, quien dijo: «La cuestión principal no es hacer la guerra segura para las mujeres, sino estructurar la paz de modo que se evite la recurrencia de la guerra y el conflicto»¹⁵. Así pues, puede afirmarse que la Resolución 1325 contiene una visión internacional que trasciende el ámbito temporal y geográfico de un conflicto armado en concreto y pretende sentar las bases para una solución duradera a los problemas que se plantean en relación a la mujer y el conflicto armado. En este sentido, la adopción de la Resolución 1325 supuso el inicio de lo que se conoce como la Agenda sobre Mujeres, Paz y Seguridad del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, y que ha sido desarrollada en los últimos años mediante las resoluciones 1820 (2008), 1888 (2009), 1889 (2009), 1960 (2010), 2106 (2013), 2122 (2013) y 2242 (2015).

En concreto, la Resolución 1325 aborda por primera vez en el marco del Consejo de Seguridad el problema de la violencia sexual en tiempo de guerra, y lo articula como un asunto de gran importancia en materia de paz y seguridad internacionales¹⁶. En este sentido, la resolución contiene dos provisiones que se refieren específicamente a la violencia sexual en conflicto armado:

«10. Insta a todas las partes en un conflicto armado a que adopten medidas especiales para proteger a las mujeres y las niñas de la violencia por razón de género, particularmente la violación y otras formas de abusos sexuales, y todas las demás formas de violencia en situaciones de conflicto armado;

¹⁵ Extracto del discurso del embajador Chowdhury en la conferencia «Mujeres y guerra», celebrada con ocasión del 10.º aniversario de UNSCR 1325 en Washington, el 4 de noviembre de 2010. Disponible en: <http://www.peacexpeace.org/2010/11/women-at-the-center-of-peace-un-security-council-resolution-1325/?org=334&lvl=100&ite=194&lea=57058&ctr=0&par=1>; página consultada el 09/02/2016.

¹⁶ Kirby, P., «Ending sexual violence in conflict: the Preventing Sexual Violence initiative and its critics», *International Affairs* 91:3, 2015, pp. 457-472.

11. Subraya la responsabilidad de todos los Estados de poner fin a la impunidad y de enjuiciar a los culpables de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, especialmente los relacionados con la violencia sexual y de otro tipo contra las mujeres y las niñas, y, a este respecto, destaca la necesidad de excluir esos crímenes, siempre que sea viable, de las disposiciones de amnistía».¹⁷

De este modo, en el párrafo 10 se prevé la adopción de medidas de protección especiales que se hagan exigibles en conflicto para evitar que mujeres y niñas sean víctimas de algún tipo de violencia sexual, haciendo así hincapié en el hecho de que las atrocidades por razón de género aumentan en cuantía y peligrosidad en situaciones de conflicto¹⁸. Por su parte, el párrafo 11 hace referencia directa a la necesidad de dar una respuesta judicial a esos crímenes de violencia sexual, incluyendo así la perspectiva de género en los elementos de los crímenes de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra y viniendo por tanto a reforzar las medidas ya establecidas en los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977. En relación con estos tratados internacionales cabe mencionar además que, cuando la Resolución 1325 se refiere a «conflicto armado», se está refiriendo tanto a los conflictos armados internacionales como a los conflictos armados no internacionales¹⁹, afirmación esta que encuentra apoyo en el propio párrafo 9 de la resolución que se refiere a los «Protocolos Adicionales de 1977», en plural²⁰.

Partiendo así de esta Resolución 1325 se han tomado una serie de medidas en los ámbitos internacional, regional y nacional para dar aplicación a los principios y directrices que inspiran el conjunto de la Agenda sobre Mujeres, Paz y Seguridad. En el ámbito de las Naciones Unidas cabe destacar el nombramiento de un Representante Especial del Secretario General en materia de Violencia Sexual en Conflicto Armado. Además, el derecho penal internacional también ha incorporado provisiones dirigidas a perseguir los delitos de violencia sexual en conflicto, siendo de especial importancia las contenidas en el Estatuto de Roma de la Corte Penal

¹⁷ Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas 1325, S/RES/1325 (2000).

¹⁸ Barrow, A., «Las resoluciones 1325 y 1820 del Consejo de Seguridad: promover las cuestiones de género en los conflictos armados y en el derecho internacional humanitario», *International Review of the Red Cross* 877, marzo de 2010.

¹⁹ *Ibíd.*, p. 13.

²⁰ Téngase en cuenta que el Protocolo Adicional I de 1977 a las Convenciones de Ginebra de 1949 se refiere a los conflictos armados internacionales y el Protocolo Adicional II a los conflictos armados no internacionales.

Internacional, cuya entrada en vigor tuvo lugar en el año 2002, así como en los Estatutos de los Tribunales para la ex- Yugoslavia y para Ruanda, respectivamente²¹. Otros tratados internacionales también se han sumado a los esfuerzos para prevenir la violencia sexual en conflicto, así por ejemplo el Tratado Internacional sobre el Comercio de Armas, que entró en vigor en 2014, contiene un precepto que obliga a los Estados exportadores de armas a tener en cuenta «el riesgo de que las armas (...) se utilicen para cometer o facilitar actos graves de violencia por motivos de género o actos graves de violencia»²².

En el ámbito regional, la Organización del Tratado del Atlántico Norte (en adelante, OTAN) ha desarrollado una política para implementar la Resolución 1325 y las resoluciones posteriores conexas²³. En este sentido, la OTAN se compromete a incluir la perspectiva de género en sus misiones y operaciones y para ello se adoptan una serie de medidas: se crea la figura del asesor de género en operaciones; se prevé la formación adecuada de tropas y mandos en materia de género y, por último, se procurará incluir mujeres en todos los niveles operativos de las fuerzas desplegadas en misiones y operaciones de la OTAN²⁴.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la responsabilidad última de implementar estas medidas reside en las naciones, debiendo estas incluir la Resolución 1325 y las resoluciones concordantes como parte integral de su política de defensa y seguridad²⁵. En este sentido, el Ministerio de Defensa español juega un papel esencial en la aplicación del Plan Nacional de Acción para la implementación de la Resolución 1325 aprobado en 2007²⁶. Concretamente, su participación se da en tres ámbitos: en primer lugar, la inclusión de más mujeres en las misiones de paz y en los órganos de toma de decisiones; en segundo lugar, la incorporación de la perspectiva de género en las actividades de construcción de paz, y, por último, la formación en materia de igualdad de género del personal civil y militar que participe

²¹ Kirby, op. cit., p. 459.

²² Artículo 7.4 del Tratado Internacional sobre el Comercio de Armas, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 2 de abril de 2013.

²³ NATO/EAPC Policy for the implementation of UNSCR 1325 on Women, Peace and Security and related resolutions. 1 de abril de 2014.

²⁴ *Ibíd.*, párs. 5-6.

²⁵ *Ibíd.*, párs. 7-8.

²⁶ Plan de Acción del Gobierno de España para la aplicación de la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (2000), sobre Mujeres, Paz y Seguridad. Disponible en: http://www.msssi.gob.es/ssi/igualdadOportunidades/internacional/onu/Documentos/plan_accion_gobierno_espana.pdf; página consultada el 01/05/2016.

en las distintas misiones de paz²⁷. Así pues, los resultados de las actuaciones llevadas a cabo para implementar el citado Plan Nacional de Acción son palpables, aunque no por ello suficientes, ya que queda mucho camino por recorrer²⁸. Podemos destacar que, según datos de noviembre de 2015, las Fuerzas Armadas españolas cuentan con 15.106 mujeres, lo que supone el 12,4% de sus efectivos —cifra que supera la media de los países de la OTAN—, y el porcentaje de mujeres en operaciones exteriores supone el 8% de los militares españoles desplegados²⁹. En materia de formación, cabe destacar el curso nacional de Asesor de Género en Operaciones, destinado a alumnos españoles y que imparte el Mando de Adiestramiento y Doctrina del Ejército de Tierra³⁰, incluyendo así en la formación de los miembros de nuestras Fuerzas Armadas la figura del asesor de género que exigen las distintas resoluciones del Consejo de Seguridad en materia de Mujeres, Paz y Seguridad³¹.

En el nivel operativo, el jefe de Estado Mayor de la Defensa (en adelante, JEMAD) aprobó en 2011 una directiva que contiene una serie de medidas para la aplicación de la Resolución 1325, en la que se destaca la necesidad de tener en cuenta la perspectiva de género no solo en la composición del contingente, sino también a través de las actuaciones que se llevan a cabo en las operaciones y en las relaciones con la población local femenina³².

A pesar de la gran importancia que más de quince años después de su promulgación sigue teniendo la Resolución 1325, su efectividad e implementación no han estado exentas de críticas y siguen requiriendo, a día de hoy, la adopción de medidas de prevención e intervención³³. En este sentido, cabe resaltar que los mayores índices de aplicación de esta resolución se han dado en el marco de las operaciones de mantenimiento de la paz y en los procesos de desarme, desmovilización y rein-

²⁷ Hernández, V., «Mujeres, Paz y Seguridad», *Revista Española de Defensa*, noviembre 2015, pp. 44-47.

²⁸ Sanz Caballero, S. y Abril Stoffels, R., «Violencia contra las mujeres en los conflictos armados: conclusiones y recomendaciones» en *Mujer, derecho y sociedad. Violencia contra las mujeres en conflictos armados*, pp. 129-142.

²⁹ *Ibíd.*, p. 46.

³⁰ *Ibíd.*, p. 47.

³¹ Véase, entre otras, Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas 1888 (2009), pár. 12, y Resolución 1889 (2009), pár. 7.

³² Hernández, *op. cit.*, p. 47.

³³ En este sentido, véase la resolución sobre «Violencia Sexual y por Motivos de Género: acción conjunta sobre la prevención y la intervención» de la XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, adoptada en Ginebra, diciembre 2015.

tegración (en adelante, DDR), lo cual, aunque muy positivo, no deja de ser un ámbito reducido³⁴.

Uno de los principales objetivos de la resolución³⁵ que, sin embargo, se ha visto muy poco implementado en la práctica es, precisamente, el aumento en la participación de mujeres en los mecanismos y procesos de toma de decisiones para la prevención, gestión y solución de conflictos³⁶. Así, las estadísticas recogidas por organizaciones internacionales en esta materia muestran que solo un pequeño porcentaje de mujeres participa efectivamente en procesos de paz a nivel de toma de decisiones³⁷. Asimismo, la inclusión en acuerdos de paz de provisiones relativas a derechos humanos de las mujeres también ha sido escasa en los últimos años, a pesar de la mayor conciencia social acerca del impacto del conflicto armado en mujeres y niñas y del importante papel que estas juegan en la reconstrucción de un país tras el desastre de un conflicto³⁸.

En conclusión, a pesar de las críticas que puedan hacerse a la Resolución 1325, es innegable su importancia como texto pionero y básico en la Agenda de Mujeres, Paz y Seguridad de las Naciones Unidas, que puso de manifiesto, por primera vez, el impacto desproporcionado que el conflicto armado tiene en mujeres y niñas. Partiendo de esta resolución, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha ido consolidando el conjunto de resoluciones a través del cual integra la perspectiva de género en la prevención, gestión y resolución de los conflictos armados.

2. RESOLUCIONES CONCORDANTES: ESPECIAL MENCIÓN A LA RESOLUCIÓN 2242 (2015)

Tras la Resolución 1325, el Consejo de Seguridad ha aprobado en los últimos años otras siete resoluciones que conforman el marco instrumental de la Agenda de Mujeres, Paz y Seguridad de Naciones Unidas. En ellas se introducen numerosas cuestiones relevantes en la materia, como pueden

³⁴ Barrow, op. cit., p. 13.

³⁵ Véase Resolución 1325, párs. 1 y 2.

³⁶ Mier Hernández, A., «La otra cara de las Fuerzas de Seguridad de las Naciones Unidas y las mujeres como agentes de paz», en *Tiempo de paz* 84, primavera 2007, p. 80.

³⁷ Castillo Díaz, P. y Tordjman, S., «Women's Participation in Peace Negotiations: Connections between Presence and Influence», UN Women Sourcebook on Women, Peace and Security (UN Women, 2012). Disponible en: <http://www.unwomen.org/~media/head-quarters/attachments/sections/library/publications/2012/10/wpssourcebook-03a-women-peacenegotiations-en.pdf>; página consultada el 05/05/2016.

³⁸ *Ibíd.*, p. 2.

ser, sin ánimo de exhaustividad: la necesidad de que los Estados emprendan reformas legislativas y judiciales para acabar con la impunidad³⁹, el establecimiento de sistemas de recopilación de datos e información relativa a la violencia sexual en conflicto armado⁴⁰ o la incorporación de la mujer en los procesos desde la prevención hasta la consolidación de la paz (*gender mainstreaming*).

Coincidiendo con el 15.º aniversario de la adopción de la Resolución 1325 (2000), el Consejo de Seguridad adoptó la Resolución 2242 (2015) el 13 de octubre de 2015. Esta resolución es la más reciente en el marco de la Agenda de Mujeres, Paz y Seguridad de Naciones Unidas y viene a introducir una serie de novedades que el contexto cambiante de paz y seguridad ha hecho necesarias.

En primer lugar, se amplía el ámbito de aplicación de dicha agenda para incluir en ella el auge del extremismo violento, que puede desembocar en terrorismo, así como el problema de los refugiados y desplazados internos, el cambio climático y el alcance mundial de las pandemias.⁴¹ En este sentido, se fomenta una mayor participación y liderazgo de las mujeres en las estrategias de desarrollo para contrarrestar el extremismo violento y el terrorismo⁴² y se reconoce que los actos de violencia sexual y por razón de género son «parte de los objetivos estratégicos y la ideología de ciertos grupos terroristas, que los utilizan como táctica de terrorismo y como instrumento para aumentar su poder»⁴³, de modo que se aumenta el ámbito de posibles perpetradores de violencia sexual como táctica, bien sea de guerra, bien de terrorismo.

La Resolución 2242 reitera la política de tolerancia cero respecto a la violencia sexual⁴⁴, y se refiere expresamente a las preocupantes noticias de actos de explotación y abusos sexuales cometidos por personal de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas⁴⁵, como ha ocurrido en República Democrática del Congo⁴⁶ en el marco de las sucesivas misiones de mante-

³⁹ Resolución 1888 (2009).

⁴⁰ Resolución 1960 (2010).

⁴¹ Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas 2242, S/RES/2242 (2015), de 13 de octubre, párs. 13-14 del preámbulo.

⁴² «Global Norms and Standards», en UN Women, *op. cit.*

⁴³ «Global Norms and Standards», en UN Women, *op. cit.*

⁴⁴ Resolución 2242, párr. 10.

⁴⁵ Resolución 2242, párr. 9.

⁴⁶ En este sentido, véase entre otros: «La ONU registra 69 casos de abusos sexuales de cascos azules en 2015», *El Mundo*, 04/03/2016. Disponible en: <http://www.elmundo.es/internacional/2016/03/04/56d934d0268e3ea6508b45c8.html>, consultado el 26/05/2016 a las 19:52 h; «ONU aprueba repatriación de cascos azules acusados de abuso sexual», *BBC*

nimiento de la paz que Naciones Unidas han llevado y siguen llevando a cabo en este país.

Como consecuencia de la adopción de esta resolución, el presidente del Gobierno español, Mariano Rajoy, afirmó en el Consejo de Seguridad que España se compromete a profundizar la formación en materia de género de los miembros de las Fuerzas Armadas, a incorporar más mujeres militares en operaciones de paz y a seguir aplicando de forma estricta la política de tolerancia cero en relación con acusaciones de violencia sexual que afecten a miembros civiles y militares españoles en misiones en el exterior⁴⁷.

A pesar de los importantes avances que supone esta resolución, la doctrina ha puesto de manifiesto que hay ciertas materias que deberían haberse incluido y, sin embargo, no aparecen en el texto. En este sentido, la doctrina ha considerado que no se ha incluido —al hablar de armas— una mención al uso de minas y sus consecuencias; tampoco se ha abordado la problemática de la coordinación entre las actividades de mantenimiento de la paz y las actividades de las ONG, y no se habla de la especial vulnerabilidad de las niñas y mujeres con discapacidad en situaciones de terrorismo y conflicto armado⁴⁸.

III. ANÁLISIS DEL MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL INTERNACIONALES

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El tratamiento jurídico de la violencia sexual en los conflictos armados ha sido prácticamente inexistente hasta el siglo xx; sin embargo, la violación y otras formas de violencia sexual han sido utilizadas en los conflictos armados como método de guerra desde tiempos inmemoriales⁴⁹.

Mundo, 12/03/2016. Disponible en: http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/03/160312_onu_abusos_repatriacion_am, consultado el 26/05/2016.

⁴⁷ «Intervención del Presidente del Gobierno en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en el debate “Mujeres, Paz y Seguridad”», en *Revista Española de Defensa*, noviembre 2015, p. 45.

⁴⁸ De Tomás Morales, María Susana, «Mujeres, paz y seguridad: nuevo punto de inflexión en materia de seguridad a la luz de la Resolución 2242 (2015) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Especial referencia a la mujer y las operaciones de mantenimiento de la paz», conferencia dada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Sección de Derecho Militar, Madrid, 3 de marzo de 2016.

⁴⁹ Bedont, B y Hall Martínez, K., «Ending Impunity for Gender Crimes under the International Criminal Court», en *The Brown Journal of World Affairs* 1, vol. VI, 1999, pp. 65-85. Disponible en: iccwomen.org, consultado el 27/05/2016.

En la Antigüedad se consideró a las mujeres como parte del botín de guerra y por tanto se consideraba legítima su captura y esclavización⁵⁰. Durante la Edad Media aparece codificada la prohibición de la violencia sexual en tiempo de guerra en algunas ordenanzas militares⁵¹. Posteriormente, se contempló la protección de las mujeres como parte de los «inocentes» que debían ser respetados durante la guerra, según las teorías de la «guerra justa» de la escuela escolástica española del s. XVI⁵². Durante la guerra civil americana se adoptó el Código Lieber (1863), que se considera el primer intento de codificación del *ius in bello* (derecho internacional humanitario), y que contenía expresamente la prohibición de violación en tiempo de guerra⁵³.

El esfuerzo de codificación internacional del derecho internacional humanitario comenzó a mediados del s. XIX, con la primera Convención de Ginebra de 1864 para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña y otros textos sobre la guerra marítima⁵⁴. En 1899 y 1907 se celebraron las Conferencias de La Haya con el fin primordial de regular la conducción de hostilidades y que incluyeron un instrumento en el que se regula la protección de la población civil: el Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre anejo al IV Convenio de La Haya de 1907. En el artículo 46 del citado reglamento se previó la protección del honor y de los derechos de familia, considerada por la doctrina como una prohibición implícita de la violación y de la violencia sexual⁵⁵.

El siglo XX ha sido testigo de las dos Guerras Mundiales, así como de otros conflictos armados, habiéndose cometido en la mayoría de ellos el crimen de violencia sexual contra mujeres y niñas y también contra hombres y niños. Como consecuencia de las graves atrocidades acaecidas durante la Segunda Guerra Mundial, las potencias vencedoras establecieron dos tribunales *ad hoc* para el enjuiciamiento de estos hechos: el Tribunal de

⁵⁰ Ojinaga Ruiz, M. R., «La protección de la mujer en el derecho internacional humanitario» en *Derecho Internacional Humanitario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 583-614.

⁵¹ Véase Ojinaga, op. cit., pp. 586 y 608.

⁵² *Ibid.*, p. 586.

⁵³ Se preveía la pena de muerte para estos actos, en este sentido el artículo 44 establecía: «All wanton violence committed against persons in the invaded country, all destruction of property not commanded by the authorized officer, all robbery, all pillage or sacking, even after taking a place by main force, all rape, wounding, maiming, or killing of such inhabitants, are prohibited under the penalty of death, or such other severe punishment as may seem adequate for the gravity of the offense». Véase Lieber Code en: http://avalon.law.yale.edu/19th_century/lieber.asp#sec2, consultado el 30/05/2016.

⁵⁴ Ojinaga, op. cit., p. 588.

⁵⁵ Bou Franch, op. cit., p. 2.

Nuremberg y el Tribunal de Tokio. Los juicios de Nuremberg comenzaron el 20 de noviembre de 1945 y durante ellos se documentó la perpetración de violencia sexual como forma de tortura, incluyendo violaciones; sin embargo, se consideró como un asunto colateral en el conjunto de los juicios y no se abordó como crimen autónomo⁵⁶. El Tribunal de Tokio, por su parte, sí enjuició y condenó a varios líderes políticos y militares japoneses por violaciones cometidas por soldados bajo su mando, siendo esta la primera vez que la violación se calificó como crimen de guerra⁵⁷.

El elevado número de víctimas civiles que se produjo durante la Segunda Guerra Mundial puso de manifiesto la necesidad de articular una serie de instrumentos de derecho internacional que dieran una respuesta adecuada a este fenómeno. Como consecuencia de ello se adoptaron los cuatro Convenios de Ginebra de 1949⁵⁸ y casi tres décadas más tarde (en 1977) los dos Protocolos Adicionales a los mismos⁵⁹. El artículo 27 del cuarto Convenio de Ginebra —dentro del título III dedicado al Estatuto y Trato de las Personas Protegidas— contiene la prohibición específica de la violación, la prostitución forzada y todo atentado al honor y al pudor de las mujeres. El Protocolo Adicional I exige en su artículo 76.1 que se proteja especialmente a las mujeres de la violación, de la prostitución forzada y de cualquier otra forma de atentado al pudor. Además, en el ámbito de los conflictos armados no internacionales, el artículo 4.2.e del Protocolo Adicional II prohíbe también la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de atentado al pudor. En este sentido, el profesor Bou Franch considera que este protocolo también prohíbe la violación y la violencia sexual de modo implícito en su artículo 4.1, al reconocer este el derecho de todas las personas a que se respete su persona y su honor⁶⁰.

Sin embargo, la comunidad internacional no empieza a prestar un verdadero interés por este crimen hasta finales del siglo xx, concretamente a partir de la década de los noventa, durante la cual tuvieron lugar los conflictos de la ex-Yugoslavia y de Ruanda, cuya crueldad y magnitud

⁵⁶ Rittner, C. y Roth, J. K., «Chronology, 1937-2011», en *Rape: Weapon of War and Genocide*, 1.ª ed., EE. UU., Paragon House, 2012, pp. xxv-liv.

⁵⁷ *Ibid.*, p. xxviii.

⁵⁸ El I Convenio se refiere al alivio de la suerte de los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; el II, al alivio de la suerte de los heridos, los enfermos y los naufragos de las fuerzas armadas en el mar; el III se refiere al trato debido a los prisioneros de guerra, y el IV, a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

⁵⁹ El Protocolo Adicional I, referido a los conflictos armados internacionales, y el Protocolo Adicional II, referido a los conflictos armados de carácter no internacional.

⁶⁰ Bou Franch, V., «Los crímenes sexuales en la jurisprudencia internacional» en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 24, 2012, p. 2.

impidieron seguir ignorando el drama de la violencia sexual en conflicto armado⁶¹. Como algunos autores ponen de manifiesto, durante el siglo xx se ha prestado más atención que nunca antes en la historia a los derechos humanos; sin embargo, la violación no recibió estatus jurídico de crimen de guerra, crimen contra la humanidad y forma de genocidio hasta muy tarde, comparado con otros crímenes que también atentan gravemente contra los derechos humanos y el derecho humanitario⁶².

Durante los citados conflictos de la ex-Yugoslavia y de Ruanda, las alarmantes noticias acerca de la comisión de gravísimas violaciones de derechos humanos y derecho internacional humanitario sacudieron a la comunidad internacional y dieron lugar a que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas crease dos tribunales *ad hoc*: el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda⁶³. Estos tribunales han estado activos desde principios de los años noventa y han dado lugar a una serie de sentencias pioneras en materia de violación y violencia sexual en conflicto armado que pasamos a analizar en el siguiente epígrafe.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA (TPIY)

A través de la Resolución 827, de 25 de mayo de 1993, el Consejo de Seguridad estableció un Tribunal Penal Internacional para investigar y enjuiciar los graves crímenes cometidos en los territorios de la ex-Yugoslavia en los siguientes términos: «Un Tribunal Internacional con la finalidad exclusiva de enjuiciar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia»⁶⁴. Esta resolución contiene, además, el Estatuto del Tribunal (en adelante, TPIY), que determina la jurisdicción del tribunal, su estructura y el proceso en términos generales.

⁶¹ Suárez Leonardo, E., «La violación como crimen de guerra en el derecho internacional humanitario: la justicia olvidada», en *Tiempo de Paz* 84, primavera 2007, p. 13.

⁶² Crider, L., «Rape as a War Crime and Crime against Humanity: The Effect of Rape in Bosnia-Herzegovina and Rwanda on International Law», en *Alabama Political Science Association Conference*, presentada el 30-31 de marzo de 2012 en Auburn University.

⁶³ Bou Franch, op. cit., p. 4.

⁶⁴ Resolución 827 (1993), de 25 de mayo, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por la que se crea un Tribunal Internacional para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en la antigua Yugoslavia.

La resolución constitutiva del TPIY se refiere expresamente en su preámbulo a la violencia sexual en el territorio de la ex-Yugoslavia en los siguientes términos:

«Expresando una vez más su profunda alarma por los continuos informes de violaciones generalizadas y flagrantes del derecho internacional humanitario que tienen lugar en el territorio de la ex-Yugoslavia, y especialmente en la República de Bosnia y Herzegovina, inclusive los informes de asesinatos en masa, de detenciones y violaciones de mujeres masivas, organizadas y sistemáticas, y de la continuación de la práctica de la “depuración étnica”, inclusive para la adquisición y la retención de territorio (...)»⁶⁵.

De este modo, el propio Consejo de Seguridad califica las violaciones como «masivas, organizadas y sistemáticas», elementos estos que serán decisivos para la posterior calificación de estas como crímenes de guerra o lesa humanidad, como se verá más adelante al analizar la jurisprudencia relevante del TPIY.

2.1. Los crímenes sexuales en la jurisprudencia del TPIY

El TPIY ha completado más de setenta casos relacionados con crímenes de violación y violencia sexual, aproximadamente un tercio de los cuales incluyen violencia sexual contra población civil⁶⁶. La mayor parte de los casos enjuiciados por el TPIY que incluyen acusaciones o condenas por violencia sexual se refieren a las atrocidades cometidas en Bosnia y Herzegovina entre 1992-1995 por serbios contra civiles de origen musulmán y croata, aunque también hay casos en relación a crímenes cometidos en Croacia y en Kosovo⁶⁷.

Las primeras noticias de violaciones masivas en los conflictos de la ex-Yugoslavia empezaron a aflorar en 1992, cuando los refugiados que huían del conflicto relataron la práctica de numerosas formas de violencia sexual. En este sentido, las supervivientes hablaron de violaciones a niñas, violaciones en grupo, violaciones perpetradas por sus vecinos, violaciones en

⁶⁵ *Ibíd.*, preámbulo.

⁶⁶ Véase «Review of the Sexual Violence Elements of the Judgements of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, the International Criminal Tribunal for Rwanda, and the Special Court for Sierra Leone in the light of Security Council Resolution 1820», United Nations, Department of Peacekeeping Operations, 2010, p. 30. Disponible en: http://www.icty.org/x/file/Outreach/sv_files/DPKO_report_sexual_violence.pdf, consultado el 04/06/2016.

⁶⁷ *Ibíd.*, pp. 30-31.

público o ante familiares y violaciones cometidas con el propósito expreso de que las mujeres quedaran embarazadas, reteniéndolas hasta que ya no fuera posible abortar. Las mujeres eran retenidas en centros de detención donde eran violadas sistemáticamente y, en ocasiones, se las vendía posteriormente como esclavas.⁶⁸⁻⁶⁹ En vista de las atrocidades mencionadas, resultaba innegable que violaciones sistemáticas y organizadas estaban siendo utilizadas como arma de guerra en el proceso de limpieza étnica que —en el marco del conflicto en Bosnia y Herzegovina— llevaron a cabo los serbobosnios contra los bosniomusulmanes (bosniacos).⁷⁰

Ante la diversidad de formas que tomó la violencia sexual en este conflicto, el TPIY ha respondido calificándola bajo distintos tipos penales según los distintos supuestos de hecho. Así, el TPIY ha condenado por violación, tortura, esclavitud sexual y persecución como crímenes de lesa humanidad; por violación, tortura, atentados contra la dignidad personal y trato inhumano como crímenes de guerra; y por violación y otras formas de violencia sexual como tortura.⁷¹

El Estatuto del TPIY tipifica en su artículo 5(g) la violación como crimen de lesa humanidad, siendo esta la primera vez que el crimen de violación y actos de violencia sexual se tipifican como crímenes de lesa humanidad sujetos a enjuiciamiento por un tribunal internacional.⁷² El citado precepto tipifica estos crímenes en los siguientes términos:

«El Tribunal Internacional está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando estos han sido cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil: a) Asesinato; b) Exterminación; c) Reducción a la servidumbre; d) Expulsión; e) Encarcelamiento; f) Tortura; g) Violaciones; h) Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos; i) Otros actos inhumanos».⁷³

⁶⁸ Fabijanic Gagro, S., «The Crime of Rape in the ICTY's and the ICTR's Case-Law» en *Zbornik PFZ*, 60, (3), 2010, p. 1315. Disponible en: hrcak.srce.hr/file/94411, consultado el 04/06/2016.

⁶⁹ Crider, L., op. cit., p. 21.

⁷⁰ Crider, L., op. cit., p. 20.

⁷¹ Véase «Review of the Sexual Violence Elements...», op. cit., p. 31, párr. 76.

⁷² Sajjad, T., «Rape on Trial: Promises of International Jurisprudence, Perils of Retributive Justice, and the Realities of Impunity», en *Rape: Weapon of War and Genocide*, op. cit., p. 68.

⁷³ Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/docu->

Sin embargo, no tipifica la violación como crimen de guerra ni como forma de genocidio, aunque en su jurisprudencia ha considerado que se encuentra implícitamente prohibida también por estos tipos penales⁷⁴. Esto tuvo consecuencias directas en los procesos penales ya que, para poder acusar por violación como crimen de guerra, el fiscal tuvo que calificarlo como infracción grave de los Convenios de Ginebra consistente en tortura, como crimen de guerra de tratos inhumanos o como crimen de guerra de causar deliberadamente grandes sufrimientos⁷⁵. Con esta regulación, para perseguir la violación como crimen de guerra ante el TPIY, es necesario probar los elementos del crimen de violación además de los elementos del crimen de guerra de que se trate (tortura, tratos inhumanos, etc.)⁷⁶.

En esta materia, el propio TPIY fue más lejos afirmando en la sentencia del caso Furundzija que la prohibición de violación y grave agresión sexual en conflicto armado es hoy una norma universalmente aceptada con carácter de derecho internacional consuetudinario que resulta aplicable en todo tipo de conflicto armado⁷⁷. En este sentido, el TPIY consideró en la sentencia Kunarac y otros que la violación, tortura y ataques contra la dignidad personal son serias violaciones del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra⁷⁸.

a) Violación como crimen de lesa humanidad

Los crímenes de lesa humanidad son un conjunto de crímenes internacionales que se cometen como parte de un ataque generalizado y sistemático dirigido contra población civil o parte de ella por razones políti-

ments/misc/treaty-1993-statute-tribunal-former-yugoslavia-5tdm74.htm, consultado el 04/06/2016.

⁷⁴ Nahapetian, K., «Selective Justice: Prosecuting Rape in the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda», en *Berkeley Journal of Gender, Law & Justice* 1, vol. 14, septiembre 2013, pp. 126-135. Disponible en: <http://scholarship.law.berkeley.edu/bgj/vol14/iss1/9/>, consultado el 04/06/2016.

⁷⁵ Bou Franch, op. cit., p. 4.

⁷⁶ En este sentido véase Nahapetian, op. cit., p. 130.

⁷⁷ TPIY, sentencia de 10 de diciembre de 1998, *Prosecutor v. Anto Furundzija*, párs. 168-169. El Tribunal llegó a esta conclusión tras analizar la prohibición expresa contenida en el Código Lieber, el artículo 46 del Reglamento anexo a la IV Convención de Ginebra conjuntamente con la «Cláusula Martens» que aparece en el Preámbulo a dicha Convención; así como los precedentes judiciales del Tribunal de Nuremberg y el Tribunal de Tokio y la prohibición de atentados contra la dignidad personal del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra.

⁷⁸ TPIY, sentencia de 22 de febrero de 2001, *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic*, pár. 408.

cas, étnicas, raciales o religiosas⁷⁹. Es precisamente el elemento de ataque «generalizado y sistemático», que sin duda encontramos en el conflicto yugoslavo, el que diferencia el crimen de lesa humanidad de los crímenes ordinarios⁸⁰.

Respecto al crimen de lesa humanidad, cabe destacar que se trata de un crimen susceptible de ser cometido en todo tipo de conflicto armado —tanto internacional como no internacional—, así como también en tiempo de paz.⁸¹ En este sentido, el secretario general de Naciones Unidas manifestó expresamente que los crímenes de lesa humanidad se dirigen contra la población civil y están prohibidos independientemente de que hayan sido o no cometidos durante un conflicto armado y sea este, en su caso, de carácter internacional o no⁸².

En el caso Kunarac y otros, se acusó y condenó a los tres procesados —entre otros cargos— por el crimen de lesa humanidad de violación y, por primera vez en un tribunal internacional, la esclavitud fue calificada como crimen de lesa humanidad. Los acusados en este caso —también conocido como caso Foca por la zona de Bosnia y Herzegovina en la que se cometieron los crímenes— fueron condenados, en palabras de la Sala de Apelaciones del TPIY, por:

«violar a mujeres retenidas en cuarteles militares, centros de detención y apartamentos que servían de residencia a soldados (...); las víctimas eran consideradas legítimas esclavas sexuales por sus captores. Generalmente las mujeres eran violadas por más de un perpetrador y con una regularidad que resulta prácticamente inconcebible. (Aquellas que inicialmente buscaron ayuda o intentaron resistirse fueron tratadas con un nivel extra de brutalidad) (...). El dolor físico, miedo, angustia, incertidumbre y humillación a los que los apelantes sujetaron repetidamente a sus víctimas eleva sus actos a torturas. Estos no fueron casos aislados. Más bien, la comisión deliberada y coordinada de violaciones fue llevada a cabo con asombrosa impunidad durante un largo periodo de tiempo. La edad de las víctimas no supuso un obstáculo para los perpetradores (...); las víctimas sufrieron violaciones repetidas que implican no solo el crimen de violación, sino también el de tortura»⁸³.

⁷⁹ Véase Fabijanic, op. cit., pp. 1324-1325.

⁸⁰ *Ibíd.*, pp. 1324-1325.

⁸¹ *Ibíd.*, p. 1325.

⁸² Informe del secretario general de Naciones Unidas de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, p. 47.

⁸³ Véase «Review of the Sexual Violence...», op. cit., p. 32, p. 85.

En la sentencia del caso Kunarac, el TPIY se refirió al concepto de «violación», puesto que este crimen no se encuentra definido en ningún texto internacional, y para ello se basó en la sentencia Furindžija, en la cual el propio TPIY afirmó que los elementos definidores del crimen de violación son:

- «1) la penetración sexual, por más mínima que sea:
 - (a) de la vagina o el ano de la víctima por el pene del perpetrador o cualquier otro objeto usado por el perpetrador; o
 - (b) de la boca de la víctima por el pene del perpetrador;
- 2) por medio de la coacción, la fuerza o la amenaza de fuerza contra la víctima o un tercero»⁸⁴.

El TPIY en la sentencia Kunarac aceptó estos elementos como los elementos constitutivos del crimen de violación, sin embargo consideró pertinente aclarar el segundo de los elementos al considerar que su redacción resulta más estricta de lo necesario⁸⁵. En este sentido, la sentencia Kunarac considera que las circunstancias enumeradas en el segundo elemento del concepto anteriormente transcrito (fuerza, amenaza de fuerza y coacción) son indudablemente relevantes para determinar la ausencia de consentimiento de la víctima. Sin embargo, en la sentencia Kunarac, tras analizar los sistemas jurídicos nacionales vigentes en lo referente a esta cuestión, el TPIY concluye que debe operar «el principio más amplio o genérico de penalizar las violaciones a la autonomía sexual»⁸⁶. De este modo, no solo será necesario que exista la fuerza, la amenaza de la fuerza o la coacción, sino que la ausencia de consentimiento o la falta de participación voluntaria de la víctima son suficientes para considerar que ha existido una «violación a la autonomía sexual»⁸⁷. Atendiendo a estas consideraciones, el TPIY estima que «el consentimiento es un elemento de la violación y este se define como inexistente cuando concurren factores como la fuerza, la inconsciencia, la incapacidad de la víctima para resistirse o la tergiversación de los hechos por el presunto autor»⁸⁸.

⁸⁴ Sentencia Furindžija, pár. 185.

⁸⁵ Bou Franch, op. cit., p. 11.

⁸⁶ Bou Franch, op. cit., p. 12. Véase sentencia Kunarac, párs. 440-441.

⁸⁷ *Ibíd.*

⁸⁸ Sentencia Kunarac, pár. 458.

b) *Violación como crimen de guerra*

Los crímenes de guerra se tipifican en el artículo 3 del Estatuto del TPIY, precepto este que no se refiere específicamente a la violación y otras formas de violencia sexual, aunque sí permite reconocer «otras violaciones de las leyes o prácticas de guerra». En este sentido se expresó la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso Tadic estableciendo los cuatro requisitos para poder aplicar el artículo 3 de su Estatuto:

- «1) la violación ha de constituir una infracción de una regla de derecho internacional humanitario;
- 2) la regla ha de ser de naturaleza consuetudinaria;
- 3) la violación ha de ser “seria”, ha de constituir incumplimiento de una regla que proteja valores importantes;
- 4) la violación de la regla debe conllevar, según el derecho consuetudinario o convencional, la responsabilidad criminal individual de la persona que incumpla la regla»⁸⁹.

Así, poniendo en conexión estos requisitos con el artículo 3 del Estatuto, se pueden atraer a la competencia del TPIY otras violaciones de leyes o prácticas de guerra que no estén específicamente contempladas en el citado artículo 3. En este sentido, el TPIY consideró en la sentencia Delalic y otros que «no cabe duda alguna de que las violaciones y otras formas de violencia sexual están expresamente prohibidas en el derecho internacional humanitario»⁹⁰. En esta línea de argumentación se encuentra también la sentencia Furundzija cuando afirma que la violación y otras agresiones sexuales graves en conflictos armados dan lugar a responsabilidad penal de los perpetradores⁹¹. En esta misma sentencia el tribunal considera que, a pesar de la falta de mención expresa a la violación u otras formas de violencia sexual, estas conductas están prohibidas implícitamente por las disposiciones que protegen la integridad física, siendo este un derecho fundamental que forma parte del derecho internacional consuetudinario⁹².

El TPIY, en la sentencia en apelación del caso Kunarac y otros, confirma lo anterior y concluye que la violación cumple los requisitos sentados

⁸⁹ Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Prosecutor v. Tadic, 2 de octubre de 1995, pág. 94.

⁹⁰ TPIY, sentencia de 16 de noviembre de 1998, Prosecutor v. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic alias Pavo, Hazim Delic, Esad Landžo alias Zenga (Celebici), pág. 476.

⁹¹ Sentencia Furundzija, pág. 169.

⁹² *Ibíd.*, pág. 170.

en la sentencia Tadic —anteriormente transcritos— y que, por tanto, constituye un crimen de guerra reconocido por el derecho consuetudinario y, consecuentemente, punible a tenor del artículo 3 del Estatuto⁹³.

Uno de los casos paradigmáticos en la jurisprudencia del TPIY es el caso Furundzija, en el cual se condenó a este jefe paramilitar bosnio-croata por violación como crimen de guerra, siendo así esta sentencia la primera que condenó por un crimen de guerra consistente en violación⁹⁴.

Además, este caso resulta también pionero porque Anto Furundzija fue declarado culpable no por acciones directas, sino como cómplice, ya que permitió que los actos de violación ocurrieran en su presencia y bajo su mando⁹⁵. En este sentido, el TPIY sostuvo que tuvieron lugar violaciones en presencia de Furundzija, mientras él llevaba a cabo interrogatorios. Así, aunque él no violara personalmente a la víctima, el TPIY considera que con su presencia animó al guarda que efectivamente violó a la víctima y «contribuyó sustancialmente» a los actos criminales cometidos por el guarda⁹⁶. Por estos hechos, el tribunal condenó a Anto Furundzija como cómplice de crímenes de guerra de atentados contra la dignidad personal, incluyendo violación⁹⁷.

El TPIY también ha condenado por crímenes de guerra en virtud del principio de «responsabilidad del mando», según el cual los superiores pueden ser responsables por no haber prevenido y/o castigado los crímenes cometidos por sus subordinados⁹⁸. En este sentido resulta instructiva la sentencia Brdanin, en la cual el TPIY afirmó que:

«su inactividad con respecto a los campos y centros de detención, junto con su actitud pública hacia ellos, constituyó estímulo y apoyo moral al modo en que se llevaban estos campos y centros por el ejército y la policía (...). Esta completa inactividad junto con su actitud pública hacia los centros de detención no dejó duda alguna en la mente de quienes los dirigían de que disfrutaban del apoyo total del ARK Crisis Staff y su presidente (...). Este hecho tuvo un efecto sustancial en la comisión de tortura en los campos y centros de detención (...)»⁹⁹.

⁹³ TPIY, sentencia en apelación de 12 de junio de 2002, *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic*, p. 195.

⁹⁴ Nahapetian, K., op. cit., pp. 131-132.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ Marzen, C. G., «The Furundzija Judgment and its continued vitality in International Law», en *Creighton Law Review*, vol. 43, 2010, pp. 505-527. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1621162, consultado el 07/06/2016.

⁹⁷ Véase Marzen, op. cit., p. 513.

⁹⁸ Véase «Review of the Sexual Violence...», op. cit., p. 33, p. 86.

⁹⁹ TPIY, sentencia de 1 de septiembre 2004, *Prosecutor v. Radoslav Brdanin*, p. 1058.

Otro aspecto a destacar del caso Brdanin es que en los hechos se contemplan instancias de violencia sexual contra hombres. En estos casos, los hombres capturados eran forzados por sus captores a llevar a cabo actos sexuales, como, por ejemplo, practicar sexo oral entre ellos y en público¹⁰⁰.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA (TPIR)

El 8 de noviembre de 1994, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas adoptó la Resolución 955, por la que estableció el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en adelante, TPIR) «con el propósito exclusivo de enjuiciar a los responsables de genocidio y otras graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y a ciudadanos de Ruanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994»¹⁰¹. El Estatuto del TPIR se aprobó también en esta resolución y figura en el anexo de la misma.

Como pone de manifiesto F. Pignatelli, el TPIR es un tribunal constituido para enjuiciar unos hechos determinados, en el contexto de un conflicto armado concreto y acaecidos entre unas fechas fijas, a diferencia de lo que ocurre con el TPIY, que nació sin esta delimitación de competencia temporal¹⁰².

El 31 de diciembre de 2015, el TPIR concluyó su misión, con un total de 61 condenas a los participantes en el genocidio y otras violaciones del derecho internacional¹⁰³.

3.1. El concepto de violación en la jurisprudencia el TPIR

El TPIR se planteó en el caso Akayesu la definición de qué constituye una «violación», puesto que hasta el momento no existía una definición comúnmente aceptada en el ámbito internacional¹⁰⁴. El TPIR optó por dar un

¹⁰⁰ Véase «Review of the Sexual Violence...», op. cit., p. 33, párr. 86.

¹⁰¹ Resolución 955 del Consejo de Seguridad de 8 de noviembre de 1994, S/RES/955.

¹⁰² Pignatelli y Meca, F., «El Tribunal Penal Internacional para Ruanda», en *Revista Española de Derecho Militar* 65, enero-junio 1995, p. 415.

¹⁰³ «El Tribunal Penal Internacional para Ruanda finaliza su misión con 61 condenas», en *Centro de Noticias ONU*, 31 de diciembre de 2015.

¹⁰⁴ Bou Franch, op. cit., p. 7.

concepto amplio de la violación como «una invasión física de naturaleza sexual, cometida en una persona en circunstancias que son coercitivas»¹⁰⁵ y también definió la violencia sexual, que incluye la violación, como «cualquier acto de naturaleza sexual cometido en una persona en circunstancias coercitivas»¹⁰⁶. Esta definición fue seguida por el TPIY en su sentencia Mucic y otros.

Sin embargo, como ya se ha mencionado en el epígrafe anterior, el TPIY conceptuó la violación de un modo distinto en su sentencia Furundzija. El TPIY optó por una definición que contenía los elementos detallados de los objetos y partes corporales que constituyen el crimen de violación, separándose así de la definición dada por el TPIR en la sentencia Akayesu¹⁰⁷. Por su parte, el TPIR criticó la definición del caso Furundzija y ratificó el concepto de violación dado por el mismo en la sentencia Akayesu, afirmando que una definición conceptual es preferible a una definición «mecánica o descriptiva», considerando además que este tipo de definición se acomodará mejor a las normas en evolución de la justicia penal¹⁰⁸.

Esta confrontación jurisprudencial entre los dos tribunales *ad hoc* respecto de la definición de violación se vio zanjada cuando la cuestión se presentó en apelación por primera vez¹⁰⁹. Así, la Sala de Apelaciones, en su sentencia en apelación del caso Kunarac y otros, consideró más acertada la definición descriptiva y más estricta de la sentencia Furundzija¹¹⁰.

3.2. La violación como genocidio en la jurisprudencia del TPIR

El caso Akayesu supuso un hito en el tratamiento penal internacional de la violación en tiempo de conflicto armado. Este caso se siguió contra Jean-Paul Akayesu, perteneciente a la etnia hutu y alcalde de Taba —una comuna situada en la prefectura de Gitarama—¹¹¹. La importancia de la sentencia Akayesu radica principalmente en que, por primera vez, un tri-

¹⁰⁵ *Ibíd.*, p. 8.

¹⁰⁶ Davis, P. D., «The Politics of Prosecuting Rape as a War Crime», en *The International Lawyer* 4, vol. 34, invierno 2000, pp. 1223-1248.

¹⁰⁷ Bou Franch, *op. cit.*, p. 8.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, p. 10, cita en este sentido la sentencia Musema del TPIR, de 27 de enero de 2000.

¹⁰⁹ *Ibíd.*, p. 14.

¹¹⁰ *Ibíd.*

¹¹¹ Hubbard, J. A., «Justice for Women? Rape as Genocide and the International Criminal Tribunal for Rwanda», en *Rape: Weapon of War and Genocide*, 1.ª ed., EE. UU., Paragon House, 2012, p. 103.

bunal internacional condenó a un individuo por violación y otras formas de violencia sexual como actos de genocidio¹¹².

El escrito inicial de acusación en el caso Akayesu no incluía cargos relativos a crímenes de violación y violencia sexual¹¹³. Sin embargo, durante el juicio, afloraron pruebas abrumadoras de la comisión de violaciones masivas y el juicio fue suspendido para investigarlas¹¹⁴. Como consecuencia, se enmendó el escrito de acusación para añadir cargos de violencia sexual como actos de genocidio¹¹⁵, afirmando que la violación en Ruanda fue utilizada «para tales propósitos como la intimidación, degradación, humillación, discriminación, castigo, control o destrucción de una persona»¹¹⁶.

El Estatuto del TPIR define el crimen internacional de genocidio en su artículo 2, siguiendo la definición consagrada en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948.

En este sentido, el TPIR consideró que la violación y otras formas de violencia sexual constituyen genocidio del mismo modo que cualquier otro acto siempre que se hayan cometido con la intención específica de destruir, en todo o en parte, un grupo en concreto¹¹⁷:

«las violaciones y la violencia sexual constituyen, sin duda alguna, la causación de grave daño físico y mental en las víctimas e, incluso, (...) una de los peores modos de infligir daño en las víctimas, puesto que se produce un daño mental y físico. A la luz de todas las pruebas, la Sala considera que los actos de violación y violencia sexual descritos se cometieron únicamente contra mujeres Tutsi, muchas de las cuales eran sujetas a las peores humillaciones públicas, mutiladas y violadas en numerosas ocasiones, a menudo en público (...) y a menudo por más de un agresor. Estas violaciones resultaron en la destrucción física y psicológica de las mujeres Tutsi, sus familias y sus comunidades. La violencia sexual era parte integral del proceso de destrucción, específicamente dirigido hacia las mujeres Tutsi en conjunto (...). Las violaciones de mujeres Tutsi eran sistemáticas y perpetradas contra todas las mujeres Tutsi y únicamente contra ellas. Una mujer Tutsi, casada con un Hutu, testificó ante la Sala que no la violaron porque (los agresores)

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ Davis, *op. cit.*, pp. 1244-1245.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 1243.

¹¹⁶ TPIR, sentencia de 2 de septiembre de 1998, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, pár. 597.

¹¹⁷ Véase «Review of the Sexual Violence...», *op. cit.*, p. 48, pár. 104.

no sabían a qué etnia pertenecía. Como parte de la campaña propagandística puesta en marcha para movilizar a los Hutu contra los Tutsi, las mujeres Tutsi fueron presentadas como objetos sexuales (...). Esta representación de la sexualidad en la identidad étnica ilustra gráficamente que las mujeres Tutsi eran objeto de violencia sexual precisamente por el hecho de ser Tutsi. La violencia sexual era un paso en el proceso de destrucción del grupo Tutsi —destrucción del espíritu, de la voluntad de vivir y de la vida misma—¹¹⁸.

La violencia sexual es una categoría amplia, que incluye la violación, la mutilación sexual, el matrimonio forzoso, la esclavitud sexual o la mutilación sexual y que, según el TPIY, no requiere que necesariamente exista un contacto físico¹¹⁹. En este sentido, el TPIR consideró en la sentencia Akayesu que el genocidio puede también cometerse a través de actos de violencia sexual como el embarazo forzado o el aborto forzado, de modo que se destruya la identidad y supervivencia del grupo¹²⁰.

Otra de las novedades del caso Akayesu es que, por primera vez en la jurisprudencia internacional, se acusó a un individuo como reo de genocidio no solo como autor de actos de violación, sino también como cómplice en violaciones¹²¹. Akayesu fue acusado por conocer que se estaban cometiendo actos de violencia sexual, por estar presente mientras estos actos se estaban cometiendo y por facilitar la comisión de violencia sexual, palizas y asesinatos permitiendo que estos ocurrieran en o cerca de oficinas y centros oficiales y por haber alentado estos actos al no impedirlos¹²². En este sentido, el TPIR consideró probado que:

«Akayesu incurrió en responsabilidad individual criminal por haber ordenado, cometido o de otro modo instigado la preparación o ejecución de asesinatos y causado serios daños mentales o físicos a miembros del grupo Tutsi. De hecho, la Sala considera que el hecho de que Akayesu, como autoridad local, no se opusiera a los asesinatos y graves atentados a la integridad física y moral constituye una forma de incitación agravada por estar presente durante la comisión de dichos actos criminales»¹²³.

¹¹⁸ TPIR, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, párs. 731-732.

¹¹⁹ TPIY, sentencia de 2 de noviembre de 2001, *Prosecutor v. Kvočka y otros*, pár. 180.

¹²⁰ Hubbard, *op. Cit.*, p. 105.

¹²¹ *Ibid.*, p. 103.

¹²² TPIR, *Escrito de Acusación de 17 junio 1997, Prosecutor v. Akayesu*, pár. 12A.

¹²³ TPIR, *sentencia Prosecutor v. Akayesu*, pár. 705.

3.3. Cuestiones sin resolver: ¿transmisión deliberada del VIH/sida como arma de guerra?

Se calcula que aproximadamente el 70% de las mujeres violadas que sobrevivieron el genocidio en Ruanda resultaron infectadas por VIH/sida como consecuencia de las violaciones, según datos de la Organización Mundial de la Salud¹²⁴. Aunque no puede afirmarse que todas estas transmisiones fueron resultado de una transmisión deliberada, lo cierto es que existen testimonios de que líderes de la milicia Interhamwe (de etnia hutu) ordenaron expresamente a soldados infectados de VIH/sida que violaran a mujeres «enemigas» tutsi para infectarlas¹²⁵.

En este sentido, testigos informaron de que la exministra ruandesa, Pauline Nyiramasushuko¹²⁶, había ordenado específicamente a aquellos hombres infectados de VIH/sida de las milicias hutu que «violaran a todas las mujeres tutsi y mataran al resto»¹²⁷. Desde UNICEF se informó de que los hombres hutu infectados por VIH/sida tomaron parte en violaciones masivas de mujeres y niñas con el objetivo de «infligir una muerte lenta y prolongada, pero segura, a la población tutsi»¹²⁸. Asimismo, según el ministro ruandés de sanidad, Dr. Joseph Kaeemera, las mujeres capturadas eran deliberadamente llevadas a soldados con VIH/sida para ser violadas¹²⁹.

Ante estas informaciones, los tribunales internacionales *ad hoc* no han dado una respuesta concreta por no estar previstos estos actos como crímenes autónomos en sus respectivos estatutos. Una posible solución penal para evitar la impunidad de estos crímenes es considerar que la transmisión deliberada del VIH/sida puede llegar a constituir un uso de arma biológica, expresamente prohibido por tratados internacionales como la Convención sobre la prohibición del desarrollo, de la producción y del almacenamiento

¹²⁴ HUBBARD, *op. cit.*, pp. 101-115.

¹²⁵ «How the Laws of War fail Women: The Inexcusable Failure to hold States accountable for the Use of Rape as an unlawful Weapon and Tactic of War» (marzo 2012) en Global Justice Center. Disponible en: <http://globaljusticecenter.net/documents/Q&A.HowTheLawsofWarFailWomen.March2012.pdf>, consultado el 09/06/2016.

¹²⁶ Pauline Nyiramasushuko fue la primera mujer condenada por el TPIR por genocidio, incluyendo por violaciones como actos constitutivos de genocidio en el marco del caso Nyiramasuhuko et al. (Butare) (ICTR-98-42).

¹²⁷ Chowdhury, I y Lanier, M. M., «Rape and HIV as Methods of Waging War: Epidemiological Criminology's Response», en *Advances in Applied Sociology* 1, vol. 2, 2012, pp. 47-52. Disponible en: http://file.scirp.org/pdf/AASoci20120100005_45136691.pdf, consultado el 09/06/2016.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 48.

¹²⁹ Dodd, R., «HIV-Rwanda's New Weapon of War», en *Worldaids*, 1995 Mar; (38):3.

de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción de 1972, el Protocolo de Ginebra relativo a la prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos de 1925, así como en derecho internacional consuetudinario¹³⁰.

Actualmente en Uganda del Norte existen numerosos informes que afirman que el VIH/sida está siendo transmitido deliberadamente por soldados ugandeses a través de violaciones¹³¹. Los estudios concluyen que las mujeres y niñas son entre dos y ocho veces más susceptibles de contraer VIH/sida al mantener relaciones sexuales que los hombres. Además, el carácter violento que conllevan las violaciones en tiempo de conflicto armado suele resultar en graves lesiones genitales y heridas abiertas que proporcionan vías adicionales de entrada del VIH/sida en el flujo sanguíneo¹³².

En cualquier caso —y a pesar de las dificultades en materia de prueba que estos casos pueden suponer—, el derecho penal internacional no puede ignorar el carácter especialmente grave que conllevan las violaciones en tiempo de guerra cuando, además, se transmite una enfermedad de modo deliberado. En este sentido, cabe recordar que los Estados tienen la obligación de asegurarse de que «todas las armas y tácticas de guerra» que usen sean acordes a derecho, deber que ha sido caracterizado por el Tribunal Internacional de Justicia en la Opinión consultiva sobre la «legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares» como «intransgresible» y de *ius cogens*, de modo que no cabe derogación alguna de estas normas por los Estados.

4. TRATAMIENTO DE LA VIOLACIÓN Y OTRAS FORMAS DE VIOLENCIA SEXUAL COMO CRÍMENES INTERNACIONALES POR LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

4.1. Introducción

La Corte Penal Internacional (en adelante, CPI) es un tribunal estable y permanente, con vocación de universalidad y competencia para enjuiciar a personas físicas por los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional¹³³. El Estatuto de la Corte Penal Internacional

¹³⁰ «How the Laws of War fail Women...», *op. cit.*

¹³¹ «How the Laws of War fail Women?...», *op. cit.*

¹³² *Ibid.*

¹³³ «Corte Penal Internacional», en Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, Disponible en: <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/NacionesUnidas/Paginas/CortePenalInternacional.aspx>, consultado el 10/06/2016.

(Estatuto de Roma) se aprobó el 17 de julio de 1998 y entró en vigor el 1 de julio de 2002, y hasta la fecha ha sido ratificado por 124 países. El Estatuto es el instrumento legal en el cual se definen los crímenes más graves contra los derechos humanos y el derecho humanitario, sobre los cuales la Corte podrá ejercer su jurisdicción¹³⁴, siendo estos el crimen de genocidio, el crimen de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión a tenor de su artículo 5.

Hasta la fecha, la CPI ha dictado solo cuatro sentencias condenatorias, en los casos contra Thomas Lubanga, Germain Katanga, Jean-Pierre Bemba y Ahmad Al Mahdi Al Faqi¹³⁵. De estos cuatro casos, solo Jean-Pierre Bemba ha sido condenado por violación como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra, siendo esta la primera vez que la CPI declara a un individuo criminalmente responsable por violación, como más adelante se verá en el análisis de la sentencia *Prosecutor v. Bemba*¹³⁶.

4.2. El crimen de violación en el Estatuto de Roma

La inclusión en el Estatuto de Roma de los crímenes internacionales de naturaleza sexual supone un avance histórico en el derecho internacional. Como se ha visto en las secciones anteriores de este trabajo, la violencia sexual no está expresamente reconocida como «graves violaciones» de las Convenciones de Ginebra de 1949, aunque sí se menciona en el artículo 27 de la IV Convención la necesidad de proteger a la mujer «contra todo atentado a su honor y, en particular, contra la violación, la prostitución forzada y todo atentado a su pudor». En este mismo sentido, los Protocolos de 1977 se refieren a estos crímenes como ataques al honor y la dignidad personal¹³⁷. Sin embargo, la caracterización de los crímenes de violencia sexual como crímenes contra el honor ha sido duramente criticada por la doctrina por ser insuficiente, ya que perpetúa la idea de que la mujer es avergonzada y «deshonrada» como consecuencia de la violación¹³⁸, ignorando que los bienes jurídicos que se protegen con estos crímenes son la

¹³⁴ «Los crímenes definidos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», hoja informativa en *Coalición por la Corte Penal Internacional*. Disponible en: http://www.iccnw.org/documents/FS-CICC-CoreCrimesRD_sp.pdf, consultado el 10/06/2016.

¹³⁵ Véase la página oficial de la CPI: <https://www.icc-cpi.int/>

¹³⁶ Véase capítulo III, apartado 4.3.

¹³⁷ Protocolo Adicional I de 1977, arts. 75.2 y 76, y Protocolo Adicional II, art. 4.2.e.

¹³⁸ Bedont, B. y Hall Martínez, K., «Ending Impunity for Gender Crimes under the International Criminal Court», *The Brown Journal of World Affairs* 1, vol. 1, 1999, pp. 65-85. Véase también en este sentido Bou Franch, op. cit., p. 3, que dice: «el desarrollo

integridad moral y física de las víctimas, que sufren graves y permanentes daños psicológicos y físicos como consecuencia.

El Estatuto de la CPI incluye los denominados *crímenes de género* como crímenes de guerra (tanto en conflicto armado internacional como en conflicto armado no internacional) y como crímenes de lesa humanidad¹³⁹. Puede así afirmarse que el gran avance del Estatuto consiste en haber reconocido, por primera vez de modo categórico, que los crímenes de naturaleza sexual son algunos de los crímenes más graves que pueden cometerse en derecho internacional¹⁴⁰.

El artículo 7.1g del Estatuto, referido a los crímenes de lesa humanidad, establece que: «A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable».

Por su parte, el artículo 8.2.b., referido a los crímenes de guerra en conflicto armado internacional, establece: «A los efectos del presente Estatuto, se entiende por “crímenes de guerra”: b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: xxii) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra».

Finalmente, el artículo 8.2.e tipifica los crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales y establece que lo serán:

«e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:

vi) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que

del derecho internacional (...) se ha basado en el paradigma de la vida de los varones y, en concreto, de su vida pública».

¹³⁹ Pignatelli y Meca, F.: «El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra», en *Revista Española de Derecho Militar* 75, Madrid, 2000, p. 284.

¹⁴⁰ Bou Franch, op. cit., p. 5.

constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra».

Como se observa en los preceptos transcritos, el Estatuto de la CPI tipifica el crimen de violación como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra, aunque no contiene una definición de lo que deba entenderse por *violación*. Sin embargo, sí encontramos una definición en el documento titulado «Elementos de los crímenes» que sirve como criterio de interpretación del Estatuto, ya que establece los elementos constitutivos de cada uno de los tipos penales¹⁴¹. Así pues, según este documento, los elementos definidores del crimen de violación son:

«1. Que el autor haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo.

2. Que la invasión haya tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento»¹⁴².

La descripción del crimen de violación que se hace en los «Elementos de los crímenes» es prácticamente coincidente para el crimen de lesa humanidad y para el crimen de guerra, se haya cometido este último en el contexto de un conflicto armado de carácter internacional o de carácter no internacional.¹⁴³ En este sentido, afirma el profesor Bou Franch que se deduce claramente que la Comisión Preparatoria y la Asamblea de Estados Partes pretendieron «la identidad conceptual del crimen de violación, con independencia de que se lo califique como crimen de lesa humanidad, como crimen de guerra cometido en un conflicto armado internacional o como crimen de guerra cometido en un conflicto interno»¹⁴⁴.

Al analizar esta definición de violación vemos cómo la CPI se ha basado principalmente en las definiciones dadas por el TPIY en el caso Furundzija y en el caso Kunarac y otros, así como también se observan

¹⁴¹ Bou Franch, op. cit., p. 15.

¹⁴² Véase «Elementos de los crímenes», La Corte Penal Internacional, Los Elementos de los Crímenes, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.2 (2000), Parte II.

¹⁴³ Bou Franch, op. cit., p. 15.

¹⁴⁴ *Ibid.*

influencias del concepto sentado en la sentencia Akayesu del TPIR¹⁴⁵. Sin embargo, la coincidencia es claramente mayor con la definición contenida en la sentencia Furundzija¹⁴⁶, que fue posteriormente confirmada por el TPIY en la sentencia en apelación Kunarac y otros y que también describe la violación en torno a dos elementos: la descripción del acto de penetración y la ausencia de consentimiento libre. Aun así, el primer elemento definidor del crimen de violación requiere que «el autor haya invadido el cuerpo de una persona», redacción esta que resulta deudora del concepto de violación consagrado en la sentencia Akayesu¹⁴⁷ y que era el concepto apoyado por muchas delegaciones durante la redacción de este documento¹⁴⁸.

El primer párrafo de la definición describe los actos en que consiste la violación de un modo amplio, ya que se habla de la penetración «con un objeto u otra parte del cuerpo», permitiendo así incluir en el tipo de violación no solo la penetración con órganos sexuales, sino también la penetración con objetos u otras partes del cuerpo, como los dedos.¹⁴⁹ Asimismo, el concepto contenido en el documento titulado «Elementos de los crímenes» permite abarcar no solo los supuestos en que la víctima es penetrada, sino también los casos en que se obliga a la víctima a penetrar al perpetrador o a un tercero, así como aquellos supuestos en que el crimen consiste en «la inserción no consentida del pene en la boca de otra persona»¹⁵⁰. Por su parte, el concepto de *invasión* se utiliza en sentido amplio, para que resulte neutro respecto del género, tanto del perpetrador como de la víctima¹⁵¹. De este modo, esta definición de violación es lo suficientemente amplia como para dar cabida a algunos supuestos de hecho que se habían dado en casos anteriores en los que la redacción del tipo penal no permitía su calificación como violación.

En cuanto al segundo elemento definidor del crimen de violación, relativo a la ausencia de consentimiento libre de la víctima, la redacción

¹⁴⁵ Weiner, P., «The Evolving Jurisprudence of the Crime of Rape in International Criminal Law», en *Boston College Law Review* 3, vol. 54, art. 14, mayo 2013, p. 1217.

¹⁴⁶ Véase el concepto establecido en la sentencia Furundzija: «1) la penetración sexual, por más mínima que sea: a) de la vagina o el ano de la víctima por el pene del perpetrador o cualquier otro objeto usado por el perpetrador; o b) de la boca de la víctima por el pene del perpetrador; 2) por medio de la coacción, la fuerza o la amenaza de fuerza contra la víctima o un tercero».

¹⁴⁷ El concepto consagrado en la sentencia Akayesu fue el de: «una invasión física de naturaleza sexual, cometida en una persona en circunstancias que son coercitivas».

¹⁴⁸ Bou Franch, op. cit., p. 16.

¹⁴⁹ Weiner, op. cit., p. 1217.

¹⁵⁰ Bou Franch, op. cit., p. 17.

¹⁵¹ Weiner, op. cit., p. 1218.

del mismo está inspirada en la sentencia Akayesu¹⁵², en la cual el TPIR estableció que:

«en este contexto las circunstancias coercitivas no tienen por qué consistir en una demostración de fuerza física. Amenazas, intimidación, extorsión y otras formas de coacción que aprovechan el miedo o la desesperación pueden constituir coerción, y la coerción puede ser inherente a ciertas circunstancias, como el conflicto armado o la presencia de milicias Interhamwe entre mujeres Tutsi refugiadas»¹⁵³.

En este sentido, en la sentencia *Prosecutor v. Muhimana*, el TPIR consideró que la mayoría de casos que se dan en el derecho penal internacional, incluyendo genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, conllevan casi universalmente circunstancias coercitivas que impiden un consentimiento libre¹⁵⁴. El TPIY, por su parte, estableció en la sentencia *Furundzija* un criterio para los casos de violación que se daban en campos de detención o confinamiento, considerando que las circunstancias que implica una situación de cautividad impide que haya consentimiento¹⁵⁵.

4.3. JURISPRUDENCIA DE LA CPI RELATIVA AL CRIMEN DE VIOLACIÓN: LA SENTENCIA PROSECUTOR V. BEMBA

4.3.1. Antecedentes

El 21 de marzo de 2016, la CPI declaró culpable a Jean-Pierre Bemba Gombo por crímenes de lesa humanidad (asesinato y violación) y crímenes de guerra (asesinato, violación y pillaje).

Los hechos en que se basa la sentencia ocurrieron en la República Centroafricana entre el 26 de octubre de 2002 y el 15 de marzo de 2003, en el contexto del conflicto armado de carácter no internacional entre las autoridades del Gobierno centroafricano, apoyado por otras fuerzas como el MLC (Mouvement de Libération du Congo) y el grupo armado organizado rebelde del general François Bozizé, ex comandante en jefe de las Forces Armées Centrafricaines (FACA)¹⁵⁶.

¹⁵² Bou Franch, op. cit., p. 17.

¹⁵³ Sentencia Akayesu, pár. 688.

¹⁵⁴ TPIR, sentencia de 28 de abril de 2005, *Prosecutor v. Muhimana*.

¹⁵⁵ Sentencia *Furundzija*, pár.

¹⁵⁶ Case Information Sheet, «The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo», en International Criminal Court, 21 de marzo de 2016. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/car/bemba/Documents/BembaEng.pdf>, consultado el 12/06/2016.

Jean-Pierre Bemba era el presidente del MLC y el comandante en jefe de la Armée de Libération du Congo (ALC), siendo responsable de sus objetivos, estrategias y recursos económicos. En 2002, Bemba desplegó un contingente de tropas del MLC en la República Centroafricana por petición y en apoyo al expresidente de la República Centroafricana Félix Patassé para luchar contra las fuerzas leales al general François Bozizé¹⁵⁷.

La CPI considera probado en la sentencia, más allá de toda duda razonable, que los soldados del MLC llevaron a cabo un ataque generalizado contra la población civil en la República Centroafricana durante el periodo entre octubre de 2002 y marzo de 2003¹⁵⁸. Los soldados del MLC, bajo las órdenes de Jean-Pierre Bemba, cometieron actos de pillaje, violación y asesinato de civiles. En este sentido, la CPI ha considerado a Bemba culpable no por la comisión directa de estos actos, sino en virtud del principio de «responsabilidad del jefe», consagrado en el artículo 28(a) del Estatuto, considerando que la comisión de los crímenes de guerra y de lesa humanidad por los soldados del MLC fue consecuencia del fracaso de Bemba de ejercer el control adecuadamente¹⁵⁹.

4.3.2. Cuestiones jurídicas relevantes

La sentencia *Prosecutor v. Bemba* supone un hito en la jurisprudencia internacional por varias razones. En primer lugar, porque es la primera sentencia de la CPI que condena a un individuo por crímenes de naturaleza sexual¹⁶⁰ y también por ser la primera sentencia de un tribunal internacional que condena por actos de violación (y no meramente de tortura, ataques contra la dignidad personal o tratamiento cruel) contra hombres¹⁶¹. En se-

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ En el caso contra Mathieu Ngudjolo y Germain Katanga, el fiscal incluyó cargos por violación y esclavitud sexual, pero ambos fueron absueltos de estos cargos en 2012 y 2014, respectivamente. Véase en este sentido De Vos, D., «ICC issues landmark judgment: Bemba convicted as commander-in-chief for sexual violence crimes (Part 1/2)», en *IntLawGrrls*, 21 de marzo de 2016. Disponible en: <https://ilg2.org/2016/03/21/icc-issues-landmark-judgment-bemba-convicted-as-commander-in-chief-for-sexual-violence-crimes-part-12/>, consultado el 13/06/2016.

¹⁶¹ En este sentido, el TPIY condenó también por violencia sexual contra hombres en la sentencia *Prosecutor v. Cestic*, pero no calificó estos actos como violación, sino como «sexual assault». En este sentido se expresa Hayes, N., «The Bemba Trial Judgement - A memorable Day for the Prosecución of Sexual Violence by the ICC», en *PhD Studies in Human Rights Blogspot*, 21 de marzo de 2016. Disponible en: <http://humanrightsdoctora->

gundo lugar, esta sentencia tiene la peculiaridad de condenar a Jean-Pierre Bemba a tenor del artículo 28(a) del Estatuto, es decir, por sus omisiones como superior¹⁶².

a) Condenas criminales múltiples. Aplicación del artículo 78.3 del Estatuto para la imposición de penas

La Corte ha condenado a Jean-Pierre Bemba por violación como crimen de guerra y como crimen de lesa humanidad, siendo los hechos que basan la condena los mismos en ambas condenas¹⁶³. En este sentido, la CPI se ha planteado la cuestión de si cabe condenar por dos delitos distintos basándose en una misma conducta o si, en cambio, habría que aplicar el principio *ne bis in idem*, consagrado en el artículo 20 del Estatuto. La CPI hace suyo en este aspecto el razonamiento del TPIY en la sentencia *Delalic et al.*, en la que se establece que:

«condenas criminales múltiples impuestas bajo distintos preceptos del estatuto pero basadas en la misma conducta son permisibles solo si cada precepto sustantivo (...) tiene un elemento material distinto no contenido en el otro. Un elemento es materialmente distinto de otro si requiere prueba de un hecho no requerido por el otro»¹⁶⁴.

Asimismo, este razonamiento ha sido seguido por la Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por la Sala de Apelaciones del TPIY y del TPIR, que han afirmado repetidamente que: «es posible imponer condenas por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, puesto que ambos crímenes tienen elementos materiales distintos»¹⁶⁵.

A grandes rasgos, podemos decir que el elemento material que caracteriza un crimen de guerra y lo diferencia del crimen de lesa humanidad es la existencia de un conflicto armado, que en el caso que nos ocupa es de

te.blogspot.com.es/2016/03/hayes-bemba-trial-judgement-memorable.html, consultado el 13/06/2016.

¹⁶² Ha habido controversia en la doctrina respecto de la naturaleza de la «responsabilidad del jefe» o «command responsibility»; sin embargo, la mayoría de la doctrina —con autores como Rodríguez-Villasante y Prieto, y Garrocha Salcedo— coincide en considerar que se trata de un supuesto de «comisión por omisión» (regulado en el derecho penal español en el artículo 11 del Código Penal de 1995).

¹⁶³ CPI, sentencia de 21 marzo de 2016, *Prosecutor v. Bemba*. Disponible, pág. 743.

¹⁶⁴ TPIY, sentencia en Apelación *Delalic* y otros, pág. 413.

¹⁶⁵ CPI, sentencia *Prosecutor v. Bemba*, párs. 747 y 749.

carácter no internacional. En este sentido, la CPI analiza a fondo las circunstancias por las que se considera la existencia de un conflicto armado no internacional en República Centroafricana al tiempo de cometerse los hechos. Para dicho análisis se basa en la definición de *conflicto armado* de la sentencia Tadic del TPIY:

«un conflicto armado existe siempre que hay un recurso a la fuerza armada entre Estados o violencia continuada entre autoridades gubernamentales y grupos organizados o entre dichos grupos dentro de un Estado. El Derecho Internacional Humanitario se aplica desde el inicio de dichos conflictos armados»¹⁶⁶.

Por su parte, el elemento material definidor del crimen de lesa humanidad, y que lo diferencia del crimen de guerra, es la existencia de «un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque»¹⁶⁷.

Así pues, Jean Pierre Bemba ha sido encontrado culpable de dos cargos de crímenes de lesa humanidad (asesinato y violación) y tres de crímenes de guerra (asesinato, violación y pillaje), siendo condenado a un total de 18 años de cárcel¹⁶⁸. La pena total impuesta por los crímenes cometidos supone la aplicación del artículo 78.3 del Estatuto de Roma, según el cual: «Cuando una persona haya sido declarada culpable de más de un crimen, la Corte impondrá una pena para cada uno de ellos y una pena común en la que se especifique la duración total de la reclusión».

b) Elementos del crimen de violación

Al analizar los elementos del crimen de violación como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra, la CPI se refiere al elemento material y al elemento intelectual del crimen. El elemento material, como se ha visto al analizar el concepto de violación al inicio de este capítulo, consiste en la «invasión del cuerpo de una persona» y en la concurrencia de circunstancias coercitivas. Respecto de las circunstancias coercitivas, la CPI ha ampliado el concepto asentado por el TPIR en la sentencia Akayesu¹⁶⁹, estableciendo que:

¹⁶⁶ *Ibíd.*, pág. 128.

¹⁶⁷ Estatuto de Roma, art. 7.1.

¹⁶⁸ Trial Chamber III, Jean Pierre Bemba Sentence, 21 de junio de 2016.

¹⁶⁹ Véase el capítulo III, apartado 3.

«además de la presencia militar de fuerzas hostiles entre la población civil, hay otros ambientes coercitivos de los que un perpetrador puede valerse para cometer violaciones. Más aún, esta Sala considera que varios factores contribuyen a crear un ambiente coercitivo. Esto puede incluir, por ejemplo, el número de personas implicadas en la comisión del crimen, o si la violación se comete durante o inmediatamente después de una situación de combate, o se comete junto con otros crímenes. Además (...) ha de probarse que la conducta del perpetrador suponía “haberse aprovechado” del ambiente coercitivo»¹⁷⁰.

Por otra parte, respecto del elemento intelectual, la CPI exige que se pruebe la intención del autor, esto es, que el perpetrador intencionalmente llevó a cabo el acto de la violación.¹⁷¹ El elemento intelectual exige también el conocimiento, es decir, que el perpetrador supiera que estaba cometiendo el «acto por fuerza, por amenaza de fuerza o coacción, aprovechándose de un ambiente coercitivo o contra una persona incapaz de dar consentimiento genuino»¹⁷².

La Sala ha considerado que existe prueba suficiente para afirmar que los soldados del MLC cometieron el crimen de lesa humanidad de violación como parte de un ataque generalizado dirigido contra la población civil en la República Centrafricana¹⁷³, así como el crimen de guerra de violación en el contexto de un conflicto armado de carácter no internacional.¹⁷⁴ La CPI ha considerado probados los actos constitutivos de violación en base a los numerosos testimonios obrantes en la sentencia, entre los que se encuentran testimonios de violaciones a hombres.

c) La responsabilidad del superior

Como ya se ha mencionado, Jean-Pierre Bemba ha sido condenado por los crímenes de lesa humanidad y de guerra en virtud de su posición de superior en la estructura jerárquica del MLC. Este tipo de responsabilidad criminal individual viene previsto en el artículo 28 del Estatuto de Roma, cuyos elementos son analizados exhaustivamente por la CPI a lo largo de la sentencia.

¹⁷⁰ CPI, sentencia Prosecutor v. Bemba, párs. 98-104.

¹⁷¹ *Ibid.*, pág. 111.

¹⁷² *Ibid.*, pág. 112.

¹⁷³ *Ibid.*, pág. 631.

¹⁷⁴ *Ibid.*

En este sentido, la Corte considera probado que el acusado era quien actuaba efectivamente como mando militar y tenía autoridad efectiva y control sobre las fuerzas que cometieron los crímenes¹⁷⁵:

«Mr. Bemba (...) ostentaba el rango de General de División (...), en el ejercicio de estas capacidades tenía amplios poderes formales, autoridad para tomar decisiones, poderes de designación, promoción o ascenso y cese. (...) controlaba los recursos financieros del MLC, tenía línea directa de comunicación con los mandos en el terreno (...), podía y, de hecho emitía, órdenes operacionales. (...), ostentaba potestad disciplinaria sobre los miembros del MLC (...). Todo ello lleva a concluir que Mr. Bemba actuaba efectivamente como mando superior militar y tenía control y autoridad efectivos sobre el MLC durante el tiempo en que tuvieron lugar los hechos»¹⁷⁶.

A continuación, la CPI procede a analizar la concurrencia del requisito del conocimiento. Es decir, la necesidad de que quede probado que Jean-Pierre Bemba sabía que las fuerzas del MLC estaban cometiendo o iban a cometer los crímenes¹⁷⁷. En este sentido, la Sala considera probado que Bemba conocía que las fuerzas del MLC bajo su mando estaban cometiendo o iban a cometer los crímenes de lesa humanidad de asesinato y violación y los crímenes de guerra de asesinato, violación y pillaje basándose en:

«la notoriedad de los crímenes, la posición [de superior] de Mr. Bemba, los canales de comunicación disponibles, el contacto regular entre Mr. Bemba y los oficiales del MLC en República Centrafricana, fuentes generales de información sobre los crímenes cometidos por los soldados del MLC (incluyendo medios de comunicación, ONG e informes de inteligencia del propio MLC)»¹⁷⁸.

Además, para incurrir en la modalidad de responsabilidad regulada en el artículo 28, se requiere que el acusado «no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades com-

¹⁷⁵ *Ibid.*, párs. 696 y ss.

¹⁷⁶ *Ibid.*, pár. 697.

¹⁷⁷ *Ibid.*, párs. 706 y ss.

¹⁷⁸ *Ibid.*, pár. 717.

petentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento». ¹⁷⁹ En este sentido, la CPI considera que:

«las reacciones de Mr. Bemba se limitaron a advertencias generales y públicas a sus tropas de que no maltrataran a la población civil, la creación de dos comisiones de investigación, el enjuiciamiento de siete soldados de empleo inferior por actos de pillaje de objetos de poco valor y la Misión Sibut, que no fue una verdadera investigación. Los mandatos de las dos comisiones de investigación se limitaron a alegaciones de pillaje» ¹⁸⁰.

Sin embargo, la Sala considera que estas medidas fueron totalmente insuficientes e inadecuadas para la evitación de la comisión de crímenes, y en este sentido afirma que:

«[Mr. Bemba] tenía la autoridad disciplinaria suprema sobre el contingente del MLC en República Centroafricana, (...) era la autoridad competente para investigar y perseguir los crímenes. En estas circunstancias (...) no dio poder a los oficiales del MLC para investigar y perseguir adecuadamente las alegaciones de crímenes (...). Tampoco hizo esfuerzo alguno por cooperar con los intentos internacionales de investigar los crímenes, a pesar de que afirmó que lo haría» ¹⁸¹.

Finalmente, para poder aplicar el principio de «responsabilidad del superior», es necesario probar que los crímenes se cometieron como resultado de la omisión del acusado de su deber de ejercer un control efectivo y adecuado sobre las fuerzas del MLC ¹⁸². La Sala considera que, si Jean-Pierre Bemba hubiera tomado una serie de medidas adecuadas, la comisión de crímenes se podría haber evitado o podría no haberse dado en el «clima de aquiescencia» en que se dio ¹⁸³. En este sentido, la Sala enumera una serie de medidas, *inter alia*, que podrían haber servido a tal efecto, como:

«asegurar la adecuada instrucción y adiestramiento de las tropas del MLC, incluyendo la promulgación de un Código de Conducta claro y completo que reflejara los requerimientos del derecho internacional;

¹⁷⁹ Artículo 28 a) ii) del Estatuto de Roma.

¹⁸⁰ CPI, sentencia Prosecutor v. Bemba, pár. 726.

¹⁸¹ *Ibid.*, pár. 733.

¹⁸² *Ibid.*, párs. 735 y ss.

¹⁸³ *Ibid.*, pár. 741.

asegurar una supervisión adecuada; emitir órdenes claras y consistentes a sus tropas de que no cometieran los crímenes; investigar a fondo las alegaciones de crímenes; asegurar que los mandos del MLC y soldados implicados (...) fueran apropiadamente enjuiciados, cesados, sustituidos y penalizados; y/o compartir información relevante con las autoridades de la República Centrafricana u otras, así como apoyarlas en cualquier esfuerzo para investigar las alegaciones de crímenes»¹⁸⁴.

IV. CONCLUSIONES

- I. En los últimos veinticinco años, el concepto de violencia sexual en conflicto armado ha experimentado un cambio profundo. Se ha pasado de entender la violencia sexual en conflicto armado como una consecuencia inevitable del mismo, a entenderla como un método o táctica de guerra. Este cambio de paradigma ha servido para poder considerar las distintas formas de violencia sexual como constitutivas de crímenes de lesa humanidad, de guerra e incluso de genocidio.
- II. La concepción de la violación como arma de guerra se ha plasmado en los textos del Consejo de Seguridad desde el año 2000 a través de sus resoluciones. Las resoluciones en materia de Mujeres, Paz y Seguridad del Consejo han sabido identificar los pilares fundamentales para combatir el uso de la violencia sexual en conflicto armado: prevención y castigo a través de los órganos judiciales nacionales o internacionales.
- III. Las resoluciones del Consejo de Seguridad establecen una serie de medidas directamente dirigidas a las fuerzas armadas de los Estados. El adiestramiento de sus miembros en cuestiones de género es una pieza fundamental para la prevención del uso de la violencia sexual en conflicto armado. Sin embargo, a pesar de que tanto a nivel OTAN como a nivel nacional se han adoptado políticas y directrices para implementar las medidas de la Resolución 1325 (2000) y concordantes, la formación de las tropas en materia de género, violencia sexual o protección de mujeres y niñas en conflicto armado sigue siendo insuficiente.

¹⁸⁴ *Ibíd.*, pág. 738.

- IV. Los logros de la jurisprudencia internacional en estas últimas décadas son muy positivos. En primer lugar, se ha conseguido afianzar la idea de que la violencia sexual puede ser tipificada como constitutiva de cualquiera de los crímenes internacionales más graves. En este sentido, la sentencia Akayesu del TPIR dio forma por primera vez al concepto jurídico penal de la violación como constitutiva de genocidio. Asimismo, la jurisprudencia del TPIY y del TPIR han consagrado un concepto de lo que ha de entenderse por *violación*, concepto que posteriormente ha cristalizado en el Estatuto de la CPI.
- V. Los procedimientos judiciales llevados a cabo ante los tribunales internacionales, en los que se han enjuiciado casos de violencia sexual como crimen internacional, han servido para dar publicidad a los testimonios de numerosas víctimas, haciendo posible su acceso a la justicia y el conocimiento de sus historias por la comunidad internacional. El éxito de la labor de los fiscales del TPIR, el TPIY y la CPI en sus investigaciones es debido, en gran parte, a las mujeres, niñas, hombres y niños que han arriesgado su propia seguridad para testificar. No obstante, el número de víctimas que no ha tenido acceso alguno a la justicia y reparación por los crímenes sufridos sigue siendo alarmantemente elevado.
- VI. La reciente sentencia *Prosecutor v. Bemba* supone sin duda alguna un gran avance en la persecución criminal de los crímenes de violencia sexual en conflicto. Sin embargo, no hay que olvidar que, a pesar de la pródiga regulación de los crímenes de violencia sexual en el Estatuto de Roma, esta es la primera y única condena por crímenes de violación que la CPI ha dictado en sus casi quince años de vida.
- VII. Finalmente, cabe concluir que el marco de Naciones Unidas y el marco penal internacional que regulan el tratamiento de la violencia sexual como arma de guerra es adecuado y, aunque pueda tener deficiencias, designa las cuestiones y problemas principales con acierto. Sin embargo, es necesario un mayor compromiso de los estados en la instrucción y adiestramiento de sus Fuerzas Armadas en materia de género, así como una labor investigadora y acusadora más eficaz, que consiga llevar a los tribunales los numerosos casos de violencia sexual como táctica de guerra que actualmente siguen teniendo lugar.

NOTAS

LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL EJÉRCITO ESPAÑOL EN EL SIGLO XIX

Salvador Calderón Madrigal
General auditor

SUMARIO:

1. El Ejército en la Constitución de Cádiz y en las demás constituciones decimonónicas. 2. Las leyes constitutivas del Ejército.

1. EL EJÉRCITO EN LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ Y EN LAS DEMÁS CONSTITUCIONES DECIMONÓNICAS

Cuando en España despunta el siglo XIX, ofrece el Ejército una composición básicamente estamental propia del Antiguo Régimen. Al inicio de la guerra de la Independencia, se componía de fuerzas de carácter permanente (ejército regular) y de diversos Cuerpos de Milicias. El primero se hallaba integrado por las Tropas de la Casa Real (Guardias de Corps, Alabarderos y Carabineros Reales), Guardias de Infantería Española y Guardias de Infantería Valona, armas de Infantería de línea, ligera y suiza de Caballería (de línea y ligera y de los Reales Cuerpos de Artillería e Ingenieros). En cuanto a las Milicias, destacaban las provinciales creadas por Felipe V en 1734 y ampliadas en 1766 por Carlos III¹.

¹ Datos ofrecidos en la obra de CASADO BURBANO, Pablo, *Las Fuerzas Armadas y el inicio del constitucionalismo español*, Madrid, 1982, pp. 34 y 35. Si se desea contar con una

El modelo expuesto responde, consecuentemente, a los patrones del Antiguo Régimen, esto es, a una oficialidad de origen mayoritariamente nobiliario y una recluta de la tropa basada en voluntariado, quintas, levás y reclutamientos de vagos.

Esta visión viejorregimental es también compartida por Fernando Pinto Cebrián, quien afirma que «se trataba de un ejército del Antiguo Régimen, permanente, regular y profesional que, con la incorporación de la nobleza, había adquirido el carácter de aristocrático. En suma, un ejército que era el último baluarte del absolutismo»². Es decir, por excelencia, un ejército real, «que no podía ser de otra manera ni podía ser otra cosa»³.

En el umbral del siglo XIX, el estado del Ejército no difería en mucho del general de la nación. Este estado, trufado de motines, abdicaciones, intrigas palaciegas y, en suma, la imposición de un monarca extranjero acompañada de la invasión del país, no duda en calificarlo Julio Albi de la Cuesta como de «desdichado», aunque reconoce que «todos los ejércitos europeos de la época (a excepción del napoleónico) pertenecían a una organización propia del siglo XVIII»⁴.

La guerra de la Independencia y la labor de las Cortes de Cádiz marcarán, pues, la separación entre el viejo ejército y el nuevo, dotando a este último de un marco constitucional como institución de la defensa de la nación, despojado de todo servilismo a la persona del rey y de la tradicional composición nobiliaria. En suma, el paso de un ejército *real* a un ejército *nacional*.

No fueron, sin embargo, felices para el Ejército los esfuerzos y la actividad legislativa de las Cortes, que no lograron fijar esa nueva configuración y que no tuvo lugar hasta 1821, en pleno Trienio Liberal, con la primera Ley Constitutiva del Ejército.

exposición más detallada del Ejército español y de la Milicia Nacional al inicio del siglo XIX, puede consultarse la obra de BALBÍN DENOR, Julio, «El ejército español de 1808 y estado militar de España al comenzar la guerra de la Independencia», *Revista de Historia Militar* 3. Ídem en la obra de DE MOYA Y JIMÉNEZ, Francisco J., y REY JOLI, Celestino, *El Ejército y la Marina en las Cortes de Cádiz*, Instituto de Historia y Cultura Militar, pp. 34 y 35.

² PINTO CEBRIÁN, Fernando, *Mentalidad y pensamiento militar en torno a la Constitución de 1812*, V Jornadas de Cultura de la Defensa en Burgos, 24-26 de septiembre de 2012, p. 2. Siguiendo la obra de ALONSO, José Ramón, *Historia Política del Ejército español*, Madrid, Editorial Nacional, 1970.

³ BLANCO VALDÉS, R. L., *Rey, Cortes y Fuerza Armada en los orígenes de la España liberal (1808-1832)*, Madrid, 1988, pp. 31 y 33.

⁴ ALBI DE LA CUESTA, Julio, «Guerra de la Independencia», en *Aproximación a la historia militar de España*, vol. I, Ministerio de Defensa, Dirección General de Relaciones Institucionales, p. 369.

Así, las Cortes tan solo consiguieron plasmar, en los discursos de los parlamentarios, la base de una doctrina atinente a qué debía ser la institución militar en el nuevo Estado constitucional liberal, de quién o quiénes debía depender, cuáles serían sus misiones específicas y si debía compartirlas con otras fuerzas. Bases que apenas tuvieron reflejo en el articulado del texto de 1812, sin que, por otra parte, llegase a fraguar la pretendida redacción de una constitución militar paralela, a pesar de los intentos de la Comisión de Guerra que solicitó la aportación de proyectos oficiales y particulares.

La relación apuntada de los militares con las Cortes ha sido calificada por Fernando Pinto Cebrián de «pesadilla»; y ello se debió, según el autor —que emplea las palabras de José Ramón Alonso— a que «los improvisados padres de la Patria en todo intervenían, dando poquísimo, pero siempre exigiendo como si las cuestiones de guerra pudiesen resolverse solo con discursos, proclamaciones y decretos». El mismo autor refleja, al analizar tales relaciones, «tirantez entre políticos y militares y tensiones entre militares de corte absolutista, denominados *serviles*, y los nuevos, de clara tendencia liberal»⁵. Es más, muchos militares se quejaron y reprocharon a las Cortes su total desinterés por la marcha de las operaciones militares de la guerra, en contraste con la fijación mostrada por la nueva configuración de las fuerzas militares, tema casi exclusivo de la Comisión. La preocupación de las Cortes era, por tanto, fundamentalmente política, poniendo el acento en conseguir el final de las peculiares relaciones del Ejército con la Corona y en hacerlo instrumento y sostén de la soberanía nacional.

Así, debatieron «no solo sobre las competencias político-militares, sino, fundamentalmente, sobre la reforma y el modelo del Ejército, pretendiendo configurar un ejército *nacional* en cuya planta se introdujeran los principios de generalidad, igualdad y responsabilidad, junto con la creación de la Milicia Nacional»⁶.

Centrándonos ya en la temática de la labor legislativa de las Cortes concerniente a la configuración constitucional del nuevo Ejército, hay que hacer referencia a los decretos que promulgaron en uso de su potestad legislativa y como consecuencia de la dirección política de la guerra, que supusieron los primeros pasos en la transformación del Ejército español. Así, la Orden de 31 de marzo de 1811, que estableció, «al objeto de fortalecer la cohesión y eficacia de los Ejércitos, un Tribunal de Honor para juzgar sin

⁵ PINTO CEBRIÁN, Fernando, *op. cit.*, p. 26.

⁶ MOLINER PRADA, Antonio, «Constitución militar y liberalismo en España», Universidad Autónoma de Barcelona, p. 141.

apelación de los delitos que hacen desmerecer a los Oficiales y Cadetes que incurran en ellos de la alternativa de sus compañeros». Si bien este tema lo tratamos en profundidad en otro lugar⁷, baste poner aquí de manifiesto que con la institución se trataba de armonizar la vivencia de valores en la milicia, tanto por parte de los militares de antigua procedencia nobiliaria como de los nuevos de clara extracción burguesa e incluso campesina. El Decreto de 17 de agosto de 1811 proclamó el libre acceso para ser admitidos en los colegios militares de mar y tierra «a todos los hijos de españoles honrados», con la indudable pretensión de terminar con la exclusividad de la nobiliaria en el acceso a la carrera militar. Suprimía, en consecuencia, las pruebas de nobleza (de sangre y de privilegio) que anteriormente se precisaban para acceder a la oficialidad. El Decreto de 31 de agosto de 1811 creaba la Orden Militar de San Fernando, a la que, rompiendo moldes de corte estamental, tenía acceso «todo militar o marino de guerra, cualquiera que fuese su graduación, desde soldado hasta general que se hiciese acreedor a ella», que venía a eliminar todo privilegio en razón del origen o la graduación. Los Decretos de 14 de febrero y 25 de agosto del mismo año suprimieron el fuero militar privilegiado otorgando a las audiencias territoriales el conocimiento de los delitos de traición. La incidencia en la idea de una jurisdicción castrense en cuanto necesaria a la particular configuración y finalidad de la institución, quedaba reflejada en el Decreto de 16 de octubre, que devolvía a la jurisdicción militar «el conocimiento del delito de trato de infidencia de espías o de otra forma que ofenda y ataque directamente los medios de defensa y ofenda e inutilice los esfuerzos de las armas en los ejércitos y Plazas»⁸.

Pero estas disposiciones no suponen más que pequeñas pinceladas en aspectos muy concretos en el objetivo global de la transformación política de la institución. Lo que se buscaba, en definitiva, y dado que la Revolución de Cádiz fue protagonizada por una burguesía intelectual, era la conformación definitiva de esa «fuerza armada» con arreglo a los nuevos parámetros; esto es, la culminación de una constitución militar con fundamento y base en los principios de la Constitución política del Estado.

Para la consecución de este objetivo no se encerraron las Cortes en sí mismas, sino que buscaron el auxilio o la cooperación de distintas institu-

⁷ CALDERÓN MADRIGAL, Salvador, «Los tribunales de honor en el ámbito militar: antecedentes históricos», *Cuaderno práctico* 2, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, septiembre-diciembre 2009, pp. 6-28.

⁸ Estas disposiciones están contenidas en la *Colección de Decretos y Órdenes generales de las Cortes de Cádiz*, Madrid, Cortes Generales, 175 aniversario de la Constitución de 1812, 1987.

ciones e incluso de particulares. Así, por Circular de 24 de junio de 1809 solicitaron la remisión a la Comisión de Guerra de proyectos de particulares y corporaciones.

Dentro de la propia institución, el primer propósito innovador lo llevó a cabo el diputado coronel de Artillería Manuel del Llano y Nájera, quien en la sesión de Cortes de 30 de diciembre de 1811 presentó una moción solicitando, precisamente, la redacción de una constitución militar. Al diputado, sin embargo, le envolvía la duda de si las reformas «debían ceñirse a las actuales circunstancias» (dada la excepcionalidad del Régimen de Cádiz) o, por el contrario, «referirse a tiempos regulares». El punto de partida ideológico reflejaba una crítica del estado general, de los privilegios y arbitrariedades del Ejército del Antiguo Régimen. Y así, exponía que «van a cortarse de raíz los abusos en todos los Ramos de la Administración; pero en la parte militar, la necesidad del remedio es más urgente. En nuestro Ejército los hay grandes, es preciso decirlo: mala constitución, ninguna educación, desórdenes sabidos y tolerados, arbitraria y escandalosa distribución de premios, privilegios ridículos contrarios a la disciplina y, en fin, todos los males que son anejos a un gobierno vicioso y corrompido después de siglos»⁹. En definitiva, una crítica institucional al Ejército del Antiguo Régimen.

Fuera de la labor parlamentaria, fue remitido a las Cortes, con fecha 20 de octubre de 1812, el *Proyecto para una Constitución Militar*, obra de Vicente Sancho, sargento mayor del Batallón de Zapadores Minadores, de marcado carácter liberal.

A lo largo de 1813, había publicado Álvaro Flórez Estrada en el periódico gaditano *El Tribuno del Pueblo Español* una serie de artículos sobre la materia, que vinieron a conformar otro proyecto de constitución militar, también de tendencia enteramente liberal.

En sentido contrario y como muestra de la persistencia del pensamiento conservador, presentó Juan Camuñas Sánchez, el día 3 de febrero de 1813, a la Comisión de Guerra de las Cortes sus *Ideas para una Constitución Militar*¹⁰.

A ellas habría que añadir la mencionada por el autor de la cita anterior, quien ha descubierto que en las sesiones correspondientes a los días 5 y 7

⁹ CASADO BURBANO, Pablo, *op. cit.*, pp. 73 y 74, del Diario de Sesiones de las Cortes, p. 2501. Sesión correspondiente al día 30 de diciembre de 1811.

¹⁰ A estas *Ideas para una Constitución Militar* se refiere TEJEIRO DE LA ROSA, Juan Miguel, en su obra *Las ideas de Juan Camuñas para un proyecto de Constitución Militar*. Dentro de la obra dirigida por FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio, *Constituciones en la sombra. Proyectos constitucionales españoles (1809-1823)*. In itínere. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Ediciones Universidad de Oviedo, 2014, pp. 52-97, que incluye el texto completo.

de agosto de 1830 se hace referencia «a otro proyecto remitido a las Cortes en el año 1813 del que fue responsable el Teniente Coronel Graduado de Infantería José Fernando Mancheño»¹¹. En cualquier caso, todos los proyectos remitidos o publicados en respuesta al requerimiento de las Cortes son, como puede apreciarse, posteriores a la fecha de la promulgación de la Constitución gaditana, 19 de marzo de 1812. Quizá por ello no pudieron las Cortes culminar el ansiado proyecto de contar con una constitución militar derivada de la política del Estado, pasando a regular la institución castrense unos pocos artículos de aquella. El objetivo no se consiguió hasta la promulgación de la Ley Constitutiva del Ejército de 1821.

El *Proyecto de Constitución Militar* de Vicente Sancho Cobertores parte del principio de que «la Constitución Militar ha de estar en todo momento de acuerdo con la Política». La obra obedece a la denominación completa de *Ensayo de una Constitución Militar deducida de la Constitución política de la Monarquía española*, y en ella deja clara el autor la intención que le lleva a su redacción. Advierte, en primer término, que «sería un error confundir la constitución militar con el Código de los soldados ni con los reglamentos de la milicia», buena prueba de que lo que se busca es, precisamente, la configuración de la fuerza armada en sintonía con los principios constitucionales de la Monarquía y no una nueva redacción de reglamentos técnicos ni disciplinarios.

Las ideas más sobresalientes parten de la concepción del Ejército como nacional, fijando para el servicio un reemplazo anual, «siendo la base de ese reemplazo la población y la obligación de cumplir el servicio general. No podrá ser permutado por el pecuniario ni por ningún otro». Es de notar la dignidad con que se concibe este servicio, personal, de compromiso con la defensa de la patria, cuya prestación constituye título de honor y «no podrá imponerse como pena criminal».

En lo tocante a la Milicia Nacional, le atribuye las obligaciones de «defender la libertad nacional y reforzar el ejército permanente en los casos extraordinarios. Esta Milicia tendrá dependencia del Rey dentro de cada provincia, pero no fuera de ella sin autorización de las Cortes»¹².

¹¹ TEJEIRO DE LA ROSA, Juan Miguel, *op. cit.*, p. 60, menciona que en las sesiones de Cortes de los días 5 y 7 de agosto de 1820 se cita otro proyecto, al parecer del año 1813, del que fue responsable el teniente coronel graduado de Infantería José Fernández Mancheño, amén de las ya citadas de Vicente Sancho y Álvaro Flórez Estrada y la descubierta por el autor de Juan Camuñas Sánchez.

¹² De este *Proyecto de Constitución Militar* de Vicente Sancho Cobertores trata la obra que hemos citado de PINTO CEBRIÁN, p. 16. También la tratan BLANCO VALDÉS, *op. cit.*, p. 217, y CASADO BURBANO, *op. cit.*, pp. 81-87.

La Constitución Política de la Nación española en lo tocante a la parte militar, de Álvaro Flórez Estrada, es más completa que la anterior, y en ella es de destacar la concepción absolutamente liberal que muestra su autor, al afirmar que «solo el interés de la libertad personal es capaz de hacer invencibles a todos los combatientes. El amor a la Patria, el espíritu de honor son las calidades y virtudes que hacen invencibles a todos los guerreros».

Tal es su punto de partida liberal que considera que «los ejércitos permanentes (mercenarios del Antiguo Régimen) son incompatibles con la libertad de las naciones». Aboga también, en consecuencia, por la conformación de un ejército nacional en el cual el servicio sea obligatorio para todo español, «pertenezca a la clase que pertenezca». También, como el anterior, se opone a que el servicio pueda ser impuesto como pena, pues, dice, «jamás un delincuente deberá ser considerado con aptitud para ser buen defensor de su patria».

Su concepción de la Milicia Nacional es más propia de una fuerza de orden que de una fuerza complementaria del Ejército; así, dice que «todos los individuos de un Estado moradores en él tienen la obligación de contribuir a la tranquilidad interior y a que se observen las leyes mediante el servicio en la Milicia»¹³.

En sentido completamente contrario se decantan las *Ideas para un proyecto de Constitución Militar* de Juan Camuñas. De ellas, dice el autor que las descubrió, Juan Miguel Teijeiro de la Rosa, que «no se trata de un proyecto ordenado, sino más bien de una serie de ideas expuestas por el autor sin ningún método ni estructura, que además, en lo tocante a la concepción política, no solo sigue el modelo del Antiguo Régimen, sino que trata de llevarlo a las últimas consecuencias».

La concepción del Ejército de la que hace gala es absolutamente estamental, desechando la idea del ejército nacional o de ciudadanos, para presentarlo como «columna vertebral que sostiene el edificio del Estado, por lo que la Nación tiene la obligación de distinguir la milicia con honores y preeminencias sobre las demás clases del Estado». Reclama, en consecuencia, la conservación de todo tipo de privilegios de corte estamental, tales como el fuero militar y la exención de impuestos y tributos hasta concluir con la preeminencia de los cargos militares sobre cualesquiera otros. Es decir, el Ejército como institución fundamental del Estado a la que, precisamente por ser la garantía de su defensa, le son debidas todo tipo de prerrogativas.

¹³ El texto del proyecto de Constitución Militar de Álvaro Flórez Estrada se encuentra en el apéndice de la obra citada de CASADO BURBANO, pp. 289-306.

No se adivina ningún tipo de participación ciudadana en las tareas de defensa, siendo su modelo de servicio el de quintas y voluntariado del Antiguo Régimen. En consecuencia, no trata en su proyecto de la Milicia Nacional, acaso por omisión voluntaria, dadas las connotaciones liberales que tenía esta institución y el servicio en ella, pues era, en definitiva, una fuerza de reserva compuesta por ciudadanos.

En conclusión, que estas ideas chocan abiertamente con las liberales de los proyectos anteriores y son, según concluye Teijeiro de la Rosa, «las que, larvadas por un tiempo, cobrarán vigor en la reacción absolutista de 1814»¹⁴.

En la misma dirección de las dos anteriores —de Vicente Sancho y Álvaro Flórez Estrada—, aunque algo más tardías en el tiempo, ya que se publican en 1814, y sin ser un proyecto de constitución militar, son las *Indicaciones político-militares del estado de la Nación española dirigidas a la oficialidad de los ejércitos nacionales y dirigidas al soberano Congreso de las Cortes*, obra de José Álvarez Guerra. En ellas, el autor pone de manifiesto una desconfianza en la posible utilización de los ejércitos si son sometidos de manera inconveniente al poder real. Y así dice que «uno de los principales atributos concedidos al poder ejecutivo o rey es disponer de la fuerza armada que le asigne la nación; pero dicta la prudencia que por si el Rey tratase de volver injustas sus armas para esclavizar a la nación misma, conviene a esta hallarse en disposición de contener sus progresos y reprimir tan ominoso atentado» (página 9).

En contra de lo manifestado por Camuñas, pone de relieve una llamada a la clase militar cuya nueva consideración no se fundamenta ni en privilegios ni en superioridad, sino en la estima que la nación profesa a su quehacer reflejada en la constitución militar. Así, expone que «la clase militar, que aún no se halla constituida, debe esperar a esta época para convencerse y cerciorarse de la alta consideración de que goza. La Constitución Militar ha de proporcionarle el conocimiento de que es la más atendida de la Nación y de que se mira y respeta como la más noble profesión del ciudadano» (página 11). Por último, muestra la urgencia de llevar a cabo la reforma. Y así dice: «no basta [a las Cortes] que sancionéis decretos en su beneficio [de los ejércitos]; es necesario que les hagáis sentir sus efectos con la celeridad del rayo» (página 50)¹⁵.

¹⁴ Un estudio en profundidad de estas *Ideas para una Constitución Militar* de Juan Camuñas se halla en la obra, ya citada, de TEJEIRO DE LA ROSA, pp. 51 y ss.

¹⁵ El texto de la obra de José Álvarez Guerra se encuentra en el Instituto de Historia y Cultura Militar.

A pesar del esfuerzo de las Cortes por contar con la documentación suficiente, oficial y particular, para elaborar el muy principal asunto del encaje constitucional de la institución castrense, mediante la confección de una constitución militar conforme con los principios de la Constitución política del Estado, no lograron redactar ningún texto, siendo además de notar que las más importantes de estas aportaciones llegaron a la Cámara una vez ya promulgado el texto constitucional. Quizás por ello, y aunque obediente a patrones liberales, la regulación de la milicia en el texto constitucional resulte más bien parca.

Y así, en el título I «De los españoles y sus derechos», el artículo 9 establece «la obligación de todo español a defender a la patria con las armas cuando sea llamado por Ley». El título VIII se refiere a la *fuerza militar nacional*, distinguiendo entre fuerzas de «continuo servicio» (capítulo I) y Milicia Nacional (capítulo II). El artículo 356 expone que «habrá una fuerza militar Nacional permanente de tierra y mar para la defensa exterior del Estado y la conservación del orden interior». El artículo 357 faculta a las Cortes para «fijar anualmente el número de tropas que fueren necesarias según las circunstancias y el modo de levantar que fuere más conveniente».

El capítulo II entra a regular las fuerzas de servicio discontinuo o Milicia Nacional, de las que el artículo 362 dispone que «habrá en cada provincia cuerpos de milicias nacionales, compuestos por habitantes de cada uno de ellos con proporción a su población y circunstancias». El servicio en todas estas milicias (artículo 364) «no será continuo y solo tendrá lugar cuando las circunstancias lo requieran». El artículo 365 faculta al rey para «disponer de esa fuerza dentro de la respectiva provincia, pero sin posibilidad de poder ejercerla fuera de ella sin otorgamiento de las Cortes».

Posterior a la reacción absolutista de 1814 y en pleno Trienio Liberal, publica en 1820 Ángel Del Arenal sus *Ideas sobre el sistema militar de la Nación Española derivada de su Constitución y del objeto de la Fuerza Armada*. El objeto de la obra, según su autor, no es otro que «una vez entronizada la Constitución de la Monarquía, ahora nos queda la tarea subalterna de ir renovando los obstáculos que las antiguas prácticas oponen al sistema nuevo». Nótese cómo en la obra se parte de la base de la vigencia de la Constitución de 1812, derogada por Fernando VII en la reacción absolutista de 1814 y puesta en vigor de nuevo en el Trienio Liberal. Conseguido ya el marco constitucional de la nación, resta tan solo la «tarea subalterna» de dotar a la institución militar del mismo marco derivado de aquella constitución política. Así, concluye, «las bases del sistema militar de la Nación española, derivándole de sus instituciones políticas y dándole tal analogía

con ella que jamás los soldados españoles puedan tener otros intereses que los de los pueblos»¹⁶.

2. LAS LEYES CONSTITUTIVAS DEL EJÉRCITO

Ese fin, anhelado por cuantos desde una óptica liberal remitieron sus proyectos de constituciones militares, se consiguió con la primera Ley Constitutiva del Ejército. El texto de la ley fue aprobado por Decreto XXXIX de 9 de junio de 1821. De ella, dice Lourdes Soria Sesé, «se trasluce de sus rasgos más sobresalientes la supeditación del ejército al orden constitucional y la integración de la sociedad militar en la civil y parece indudable su coherencia con el texto constitucional, su importancia como norma configuradora de lo que debería de haber sido la ordenación militar y el mérito por sanear de abusos la institución y racionalizar su administración y su sistema de enseñanza»¹⁷.

Antes de proceder las Cortes a abordar la redacción definitiva del texto de la ley, cuando esta era tan solo un proyecto, fueron consultadas las Juntas de los Cuerpos de élite, en concreto las de Artillería e Ingenieros, probablemente por entender que serían los que pudieran oponer las mayores objeciones, habida cuenta su tradición privilegiada a lo largo del Antiguo Régimen. Ambas juntas emitieron, respectivamente, las *Observaciones que la Junta Superior Facultativa del Cuerpo de Artillería Nacional hace sobre algunos artículos del Proyecto de Ley Constitutiva del Ejército* y el *Dictamen de la Junta Auxiliar del Cuerpo de Ingenieros acerca del Proyecto de Ley Constitutiva del Ejército presentado a las Cortes por las Comisiones reunidas de Fuerza Armada y Milicias*. De ambos textos conviene destacar lo siguiente.

El artículo 7 de las *Observaciones* expone su deseo de que se añada al texto de la ley, respecto del abuso de fuerza armada para ofender a la persona del rey, «el oponerse de cualquier modo al libre ejercicio de las prerrogativas y facultades que le señala la Constitución». Esta puntualización es clara muestra de la vinculación de este cuerpo a la persona del monarca;

¹⁶ Este documento, publicado en Madrid por la imprenta que fue de Gracia, se halla en el Instituto de Historia y Cultura Militar. Los párrafos citados están contenidos en las pp. VII-XIII.

¹⁷ SORIA SESÉ, Lourdes, «La ordenación jurídica del ejército español decimonónico», *Estudios sobre ejército, política y derecho en España (siglos XII-XX)*, ALVARADO PLANAS, Javier, y PEREZ MARCOS, Regina María (coords.), Madrid, Estudios Polifemo, 1996, pp. 251 y 252.

nunca ha de utilizarse una fuerza en su ofensa, pero tampoco para despojarle de las prerrogativas constitucionales respecto de aquella. Dudan las *Observaciones*, en su artículo 66, del sentido que quiere darse por parte del proyecto «a la recomendación de mostrar el militar adhesión a las nuevas Instituciones, del mismo modo que antes se exigían pruebas de ser muy afecto a la persona del Rey». Por eso, reconviene que si por *adhesión* «se entiende cumplir cada uno estrictamente con sus deberes como español, como ciudadano y como militar, enhorabuena. Las Instituciones no son buenas porque sean nuevas, sino porque pretenden el bien». Claro mensaje a lo que, entiende la Junta, puede resultar una inversión de los términos; que lo que antes se exigía al militar respecto de la persona del rey (adhesión personal e incuestionable), no se exija ahora en sentido contrario respecto de las Cortes si no es en función de un estricto cumplimiento del deber. Buscar la desvinculación real para crear un nuevo vasallaje institucional no parece la solución. Tratan pues las *Observaciones* de poner coto a un cierto extremismo liberal en cuanto a una pretendida adhesión incondicional del militar al ideario de las Cortes, lo que vendría a ser sustituir, en efecto, «un vasallaje por otro». El sometimiento ha de ser en función del buen servicio y del cumplimiento del deber, y no tanto por mimetismo ideológico.

Por su parte, el *Dictamen* pretende conceder la primacía en la función de la Fuerza Armada al Ejército en detrimento de la Milicia, «pareciendo más propio llamar a la Milicia Activa Regimientos de Reserva del Ejército y dejar a la otra el nombre de Milicia local». Muestra de desconfianza hacia la Milicia Nacional que debe constituir, en exclusiva, una fuerza de reserva del ejército sin más cometidos, con independencia de las funciones de orden público que corresponderían a las Milicias Locales¹⁸.

Salvadas estas precisiones, puede concluirse que, en efecto, esta Ley Constitutiva del Ejército es perfectamente coherente con el texto Constitucional de 1812, ante todo con la concepción de la Fuerza Armada expuesta en el discurso preliminar en la presentación del Proyecto de Constitución, pero también con la ideología liberal plasmada en la mayoría de los proyectos particulares a los que se ha hecho referencia e incluso con algunas de las conclusiones de las *Observaciones* y el *Dictamen*, bien que desdénando sus aspectos reticentes y sus intereses corporativos.

El texto legal es un reflejo de las ideas que se expusieron en el discurso preliminar, leído ante las Cortes al presentar la Comisión de Constitución

¹⁸ Ambos textos fueron publicados en 1821 en Madrid, el primero de ellos, por la Imprenta de Don Leonardo Núñez de Vargas, y el segundo, por la Imprenta de Don Miguel de Burgos, y se hallan depositados en el Instituto de Historia y Cultura Militar.

el Proyecto de ella. En él se concibe al soldado como «ciudadano armado solamente para la defensa de la Patria; un ciudadano que, suspendiendo la tranquila e inocente ocupación de la vida civil va a proteger y conservar con las armas, cuando es llamado por la ley, el orden público en lo interior y hacer respetar la Nación siempre que los enemigos de afuera intenten invadirla y ofenderla». La defensa esencial de la nación se atribuye «al ejército permanente en los casos ordinarios de guerra contra los enemigos; mas necesita, en casos extraordinarios, un suplemento que la haga invencible. Este recurso solo puede hallarse en una Milicia Nacional que ofrezca a la Nación el medio de asegurar su independencia si fuese amenazada por enemigos exteriores y su libertad interior en el caso de que atentase contra ella algún ambicioso». Aparecen aquí definidos tres aspectos de la Milicia: fuerza de reserva complementaria del Ejército, fuerza veladora del orden público y, por último, de la libertad nacional. Este postrero aspecto es subrayado en el discurso al poner de manifiesto que «como la Milicia Nacional ha de ser el baluarte de nuestra libertad [en los mismos términos que la había definido el diputado Argüelles] sería contrario el dejar de prevenir que se convirtiese en perjuicio de ella una institución creada para su defensa y conservación. El Rey, como jefe del Ejército permanente, no debe disponer de fuerzas destinadas a contrarrestar, si por desgracia ocurriere, los fatales efectos de un mal consejo»¹⁹.

A pesar de definir el discurso preliminar el *servicio militar* (en palabras de Argüelles) como «una obligación de la que no puede dispensarse ningún español sin romper el vínculo que le une con el Estado», ese proyecto de revolución político-militar encontró numerosos obstáculos para convertirse en realidad, pues ya en las propias Cortes se planteó la posibilidad de contravenir dicha obligación a cambio de una compensación económica a la Hacienda Pública, que se convirtió en una práctica común sobre todo a partir de la Ordenanza para el reemplazo del Ejército de 1837. (Trataremos el tema de las sustituciones y las redenciones en el servicio militar en otro momento).

Es patente en el discurso la desconfianza hacia el Ejército por causa de su obligada sumisión a la persona del rey y al que, en defensa de la libertad nacional, ha de oponerse la Milicia si necesario fuere. Desde el principio, pues, se adivina difícil el pretendido complemento entre ambas fuerzas.

¹⁹ El texto del «Discurso Preliminar» leído en las Cortes al presentar la Comisión de Constitución el Proyecto de ella viene recogido en la obra de SEVILLA ANDRÉS, Diego, *Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*, tomo I, Madrid, Editora Nacional, 1969, pp. 140-157.

En el texto articulado, describe el artículo 1 la *fuerza armada nacional* como «el conjunto de todos los españoles que arma la patria para su defensa [concepto de nación en armas], siendo obligación de todos los españoles defender a la patria con las armas, dividiéndose la fuerza en tropas de continuo servicio y milicias nacionales y estas, a su vez, en milicia activa y milicia local» (artículos 2 a 5). En orden a la función de esa fuerza armada (Ejército y Milicia), su actividad «será la defensa del Estado de los enemigos exteriores y asegurar la libertad política, el orden público y la ejecución de las leyes» (artículo 6). El artículo 7 considera delito de traición «el abuso de fuerza armada cuando se emplee, además, para ofender a la persona sagrada del Rey, para impedir la libre elección de Diputados a Cortes, la celebración de Cortes y suspenderlas o disolverlas o para embarazar las sesiones o deliberaciones de las Cortes o de su Diputación Permanente». No cabe alegar en estas acciones la obediencia debida, ya que el artículo 8 sanciona que «ningún militar obedecerá al superior que abuse de la fuerza armada en los casos expresados en el artículo anterior [que son las ya mencionadas] bajo la pena que las leyes prefijaren».

La ley supuso, en suma, la configuración de una fuerza armada integrada en la nación y al servicio exclusivo de ella, abierta a todas las clases sociales, de la que se despeja cualquier tentación elitista y de arbitrio político del Ejército. Compatibilizaba además, acertadamente, la lealtad a la persona del rey y a la nación, pero el corto periodo en que estuvo vigente (hasta la reacción absolutista de 1823) impidió su continuada y perdurable aplicación, así como el desarrollo de la normativa que hubiera debido complementarla.

Hasta la promulgación, ya en época de la Restauración y vigente el texto Constitucional de 1876, de la nueva Ley Constitutiva del Ejército de 29 de noviembre de 1878, no hay ningún texto que, a modo de constitución militar, entre a configurar la institución de manera complementaria y conforme con la Constitución política del Estado. Así, los diferentes textos constitucionales que se fueron sucediendo durante la centuria hasta esa fecha, y a partir de la reacción absolutista de 1823 que dio al traste con la Ley Constitutiva del Ejército de 1821 y que abrió el periodo conocido como «Década ominosa», tan solo reflejaron (con la excepción del Proyecto de Constitución Federal de 1876) la fijación del contingente anual de las fuerzas de mar y tierra y, si acaso, la determinación del deber (genérico) de todo español de participar en las tareas de defensa.

El primer texto que sucede a la Constitución de 19 de marzo de 1812, el Estatuto Real de 1834, al merecer más la consideración de Carta Otorgada por la Corona que de Constitución propiamente dicha, ya que la vo-

luntad de su redacción partió de la reina regente María Cristina, viuda de Fernando VII, sin participación alguna del pueblo español ni de sus representantes, y al ser, en realidad, un pacto entre la Corona y las Cortes, no hace mención alguna a la Fuerza Armada.

La Constitución de 1837 sigue los patrones de la Constitución gaditana. Se ocupa el título XIII de la Fuerza Militar. El artículo 76 otorga a las Cortes, «a propuesta del Rey, la potestad de fijar todos los años la fuerza militar permanente de mar y tierra». El artículo 77 establece en cada provincia «cuerpos de Milicia Nacional cuya organización y servicio se arreglará con una ley especial; el Rey podrá, en caso necesario, disponer de esa fuerza dentro de la provincia, pero no podrá emplearla fuera de ella sin otorgamiento de las Cortes».

La Constitución de 1845, de manera muy similar a como hacía el texto de Cádiz y la anterior Constitución de 1837, con la diferencia de no hacer referencia a la Milicia Nacional que había sido disuelta y sustituida por la Guardia Civil, dedicaba el título XIII a la Fuerza Militar, limitándose el artículo 79 a enunciar que «las Cortes fijarán todos los años, a propuesta del Rey, la fuerza permanente de mar y tierra».

El texto de la Constitución no promulgada de 1856 también dedicaba el título XIII a la Fuerza Militar. De idéntica manera que el texto anterior, el artículo 84 facultaba a las Cortes para «fijar todos los años, a propuesta del Rey, la fuerza militar de mar y tierra». Sí hacía el artículo 85 mención a la restablecida Milicia Nacional disponiendo que «en cada provincia habrá Cuerpos de Milicia Nacional cuya organización y servicio se arreglará con una Ley». De manera también idéntica a la Constitución de Cádiz y la de 1837, otorgaba al rey la potestad de «disponer de esa fuerza en caso de necesidad dentro de la respectiva provincia, pero no fuera de ella sin otorgamiento de las Cortes».

Los rasgos comunes que estos textos ofrecen, con la inclusión de la no promulgada Constitución de 1856, pueden reducirse a dos: fijación de contingente anual de las fuerzas por las Cortes a propuesta del rey (y, naturalmente, del Gobierno), en un claro intento de armonizar la dependencia de la fuerza de ambas instituciones (Gobierno y Cortes), y (con la excepción de la Constitución de 1845) limitación de la potestad real de disposición de fuerzas de la Milicia Nacional sin autorización de las Cortes fuera de la provincia donde tuviese su base el cuerpo correspondiente.

El texto constitucional de 1869 viene a reforzar la persona del rey en cuanto a la disposición de la Fuerza Armada al atribuirle el artículo 70, dentro del título IV a él dedicado, «la disposición de las Fuerzas de mar y

tierra, declarar la guerra y hacer y ratificar la paz», sin otra obligación que «dar después cuenta documentada a las Cortes».

De manera similar a los textos anteriores, el artículo 106, dentro del título IX, otorga al monarca la potestad e iniciativa de «proponer a las Cortes, para su fijación, las fuerzas militares de mar y tierra». Con la adición de que «las leyes que determinen estas fuerzas se aprobarán antes que los presupuestos», como manera útil de adaptar los presupuestos a la previa determinación del contingente.

Un cambio importante se aprecia en el texto del Proyecto de Constitución Federal de 1871. La configuración del Estado como una República Federal obligaba, desde luego, a una distribución de potestades y competencias respecto de la Fuerza Armada, entre el Estado central y los reconocidos Estados federales.

Este proyecto supuso una novedad de ensayo republicano en Europa, pues, como afirma Andoni Pérez de Ayala, «en la Europa de 1873, solo en Suiza se había estabilizado un régimen constitucional republicano. El modelo unitario y centralizado era aceptado comúnmente por el constitucionalismo de la época como la forma más idónea de organización territorial del Estado»²⁰.

Comenzaba el artículo 110 por establecer la obligación de «todo español de servir a la patria con las armas». De manera recíproca, «la nación se halla obligada a mantener ejército y marina». El artículo 11 atribuía a «los poderes federales la organización de este ejército y la distribución según las necesidades del servicio». El control de ese ejército es, pues, competencia exclusiva del Estado federal.

Creaba el título XVI (artículo 112) una Reserva Nacional Forzosa a la que pertenecían «todos los ciudadanos de 20 a 40 años de edad». Subyace aquí la idea de *nación en armas*, máxime cuando el artículo siguiente preveía una instrucción continuada de los reservistas. Y así, los «ciudadanos comprendidos en la edad de los 20 a 25 años de edad debían emplear un mes al año en ejercicios militares; los comprendidos en edades de 25 a 30 años, quince días, y los de 30 a 40 años (edad esta última en que se terminaba con la situación de reserva), ocho días. Los Jefes y Oficiales de la reserva serán nombrados por el Gobierno federal».

Llegamos a la última de las constituciones del siglo XIX, que estuvo vigente hasta bien entrado el siglo XX, cuando fue derogada con el advenimiento de la Segunda República, la Constitución de la Restauración de

²⁰ PÉREZ DE AYALA, Andoni, «La primera República, marco político y proyecto constitucional», *Revista de Estudios Políticos* 105 (nueva época), julio-septiembre 1999, p. 41.

1876. El título I, dedicado a «Los españoles y sus derechos» (artículo 3), establecía la obligación de «todo español a defender a la Patria con las armas cuando sea llamado por Ley». El título XII (artículo 88) otorga «a las Cortes, a propuesta del Rey, la fijación de la Fuerza militar permanente de mar y tierra», de manera similar a los textos anteriores.

Pero lo que supone una verdadera novedad en relación con aquellos textos viene reflejado en el título VI, dedicado al rey y sus ministros. En el articulado de este título no solo viene el rey a disponer de la fuerza de mar y tierra y a declarar la guerra y hacer y decretar la paz, como en efecto constataban las prerrogativas reales los textos anteriores. En la Constitución de la Restauración (artículo 52) se le otorga «el mando supremo del Ejército y la Armada». Este hecho, de situar al rey en la jefatura suprema de las Fuerzas Armadas, no suponía otra cosa que la pretensión de que los militares tuviesen en él a su jefe y, en palabras de Cánovas del Castillo, «sirvan a la Patria y no a caudillos», como había ocurrido en los pasados tiempos románticos de los pronunciamientos²¹. Efectivamente, Cánovas era perfecto conocedor de la tradicional vinculación del Ejército a la persona del rey y por eso la presentación del monarca como rey soldado tendría como consecuencia convertirle en único jefe y caudillo, evitando así el peligro de las facciones políticas. En palabras de Raymon Carr, tal jefatura convertiría al rey en «representante de los intereses del Ejército y en salvaguarda de su prestigio dentro del Estado»²².

La Ley Constitutiva del Ejército de 29 de noviembre de 1878 pone de manifiesto no tanto la configuración del Ejército en consonancia con el texto de la Constitución de 1876 como las funciones y misiones que está llamado a cumplir. Así, el artículo 2 confiere «como primera y principal misión del Ejército el sostenimiento de la independencia de la Patria y defenderla de enemigos exteriores e interiores». El precepto refleja, pues, tanto el exclusivo servicio de la institución a la nación como su lícita intervención en el mantenimiento del orden interno, que es una clara expresión de la valoración del orden público como un bien nacional, así como, por el contrario, el desorden viene a considerarse una manifestación antipatriótica. Por otra parte, también viene a reflejar la gran preocupación del régimen de la Restauración y de la oficialidad de la época por los temas y

²¹ SECO SERRANO, Carlos, *Militarismo y civilismo en la España contemporánea*. Instituto de Estudios Económicos, p. 193.

²² CARR, Raymon, *España, 1808-1975*, Barcelona, Ariel, 1985, p. 344. Idea que también expone en parecidos términos GARCÍA MARTÍN, Javier, «De un ejército real a otro nacional», *Estudios sobre ejército...*, *op. cit.*, pp. 208 y 209.

problemas de orden público que los nuevos movimientos de masas, marginales al sistema político canovista, venían protagonizando.

Concordante con lo dispuesto en el texto Constitucional, el artículo 4 concedía «el mando supremo del Ejército y la Armada al Rey». Esta potestad no era ni mucho menos simbólica por cuanto el artículo 5 eximía del debido refrendo ministerial a las órdenes dadas por el rey cuando este tomare personalmente el mando de cualquier ejército o fuerza armada. Así, decía el mencionado precepto que «cuando el rey, usando de la potestad que le compete por el artículo 52 de la Constitución de la Monarquía, tome personalmente el mando de un ejército o fuerza armada, las órdenes que en el ejercicio de dicho mando militar dictare, no necesitarán ir refrendadas por ningún ministro». Se excluye, sin embargo, el «acuerdo de salir a campaña», que siempre precisará del refrendo ministerial.

Entiende Lourdes Soria Sesé que, «desde el punto de vista doctrinal, quizás lo más importante de la Ley es su concepción del ejército como una Institución *especial*, tal y como aparece definida en su articulado (en concreto, así se define a la institución en el artículo primero), estrechamente vinculado al poder real a quien corresponde la potestad de su mando, cuando no, en ciertos supuestos (según hemos puesto de relieve), su regulación».

Por último, el artículo 23 establecía la existencia de un «Consejo de redención a metálico y enganche del Ejército, con el carácter y facultades que la ley de su creación le confiere, siempre que se consienta la redención del servicio militar a metálico». Excepción al conceptuado servicio como «título de honor» para los españoles y obligación general de defensa de la patria, enunciado por todos los textos constitucionales y, sin embargo, relativizado por las sustituciones y la redención a metálico prácticamente desde su inicial regulación por las Cortes de Cádiz y a lo largo de la centuria.

Por Real Orden de 26 de julio de 1889, se promulga la Ley Adicional a la Constitutiva del Ejército, que complementa la anterior en cuanto a las Armas y los Cuerpos que lo componen (artículo 5), concediendo nueva consideración de «auxiliares» a los Cuerpos Jurídico, Intendencia, Intervención, Sanidad Militar, Clero Castrense y Veterinaria, que, con arreglo a la ley anterior (artículo 22), tan solo tenían la consideración de «asimilados», con la adición del Cuerpo de Tren, no contemplado como tal en aquella. Por lo demás mantiene idéntica redacción en lo concerniente a las misiones del Ejército y a la jefatura suprema del rey (artículos 1 y 2), si bien la misión de orden se configura, de manera más precisa, como de «mantenimiento del imperio de la Constitución y de las Leyes».

PARTICULARIDADES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS DE LOS MILITARES DESDE LA LEY ORGÁNICA 9/2011

Daniel Rey Moral
Capitán auditor

SUMARIO

I. Introducción. II. Antecedentes normativos. III. La Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio: ámbito de aplicación. IV. Principios vinculados a la Ley Orgánica 9/2011. A) El deber de acatar la Constitución. B) Las reglas de comportamiento del militar. C) La efectividad de la igualdad de género. V. Del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas de la Ley Orgánica 9/2011. A) Libertad personal. B) Libertad religiosa. C) Derecho a la intimidad y dignidad personal. D) Libertad de desplazamiento y circulación. E) Libertad de expresión e información. F) Derecho de reunión y manifestación. G) Derecho de asociación. H) Derecho de sufragio. I) Derecho de petición. J) El Defensor del Pueblo. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Durante siglos los Estados han sido objeto de cambios de diversa índole, y España no ha sido ajena a esas variaciones, lo que la ha llevado a ser el Estado constitucional que hoy conocemos. Las nuevas realidades sociales, económicas y culturales y las constantes transformaciones multidisciplinarias han tenido como consecuencia la obtención de un mayor nivel de preparación, capacidad y disponibilidad del principal recurso de sus Fuerzas Armadas, su personal militar.

El alcance de una mayor profesionalización en la formación y de profesionalidad en el ejercicio de las funciones del militar, ha llevado aparejada correlativamente la forzosa y necesaria adaptación de un régimen de personal en el que una parte de los derechos constitucionales han pasado a ser reconocidos y desarrollados por la Ley Orgánica 9/2011. Su entrada en vigor ha engrosado cualitativa y satisfactoriamente el estatuto del militar, cumpliéndose así el mandato constitucional previsto en el artículo 81.1 para el desarrollo de derechos fundamentales y libertades públicas.

Mediante una metodología predominantemente descriptiva, el presente artículo tiene como finalidad exponer, con un carácter más divulgativo que doctrinal, el particular contenido esencial de los derechos fundamentales y libertades públicas que, a juicio personal, mayor relevancia y controversia práctica poseen de los previstos en la Ley Orgánica 9/2011, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, dando un trato prioritario al respeto por unos sólidos principios que determinan las reglas de juego.

II. ANTECEDENTES NORMATIVOS

Las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas previstas en la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, establecieron en sus artículos 168 y siguientes los primeros deberes y derechos civiles y políticos de los miembros de las Fuerzas Armadas en el actual marco constitucional.

Posteriormente, la ya derogada Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, reguladora de los criterios básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar, dispuso en su artículo 26 que «las obligaciones, normas de conducta, deberes y derechos específicos de los miembros de las Fuerzas Armadas [...] se determinan en las Reales Ordenanzas, regla moral de la Institución militar». Desde entonces, el personal de las Fuerzas Armadas, cuyo comportamiento está íntimamente ligado a la disciplina y la jerarquía, se ha convertido en acreedor de derechos y en titular de deberes y obligaciones inherentes todos ellos a su condición de excelente servidor público depositario de fuerza, con capacidad y preparación para usarla adecuadamente.

La mayor parte del bloque normativo de la Ley 85/78 fue derogado por la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar. Sin embargo, los derechos fundamentales, como la igualdad, la libertad de religión, de expresión, de reunión y de asociación no reivindicativa; la inviolabilidad de la intimidad personal, familiar y del domicilio y de la correspondencia, se mantuvieron vigentes hasta la aplicación de la disposición derogatoria única de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de Derechos y Deberes

de los miembros de las Fuerzas Armadas, la cual responde no solo a la urgencia de actualizar y articular el ejercicio de los derechos y libertades públicas, como los derechos y deberes de carácter profesional y de protección social, integrados en el régimen del personal militar, sino también dar cumplimiento al artículo 81.1 de la Constitución, a través del cual se requiere una ley orgánica para desarrollar los derechos fundamentales y las libertades públicas, dado que hasta el momento, como se ha visto, venían previstas en una ley ordinaria reguladora de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas.

La disposición final 3.^a de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, dispuso que «El Gobierno, en el plazo de tres meses, deberá remitir al Congreso de los Diputados un proyecto de ley reguladora de los derechos fundamentales de los militares profesionales, que incluirá la creación del Observatorio de la vida militar». Esta necesidad normativa igualmente quedaba patente en el apartado IX del preámbulo de la Ley de la Carrera Militar: «La actualización del régimen del personal militar se completará por medio de una ley orgánica de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, en la que se regulará el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, conforme a lo establecido en la Constitución y sus disposiciones de desarrollo y teniendo en cuenta las exigencias de la condición militar».

No es descabellado afirmar que si bien han existido referencias normativas aisladas de derechos de los militares, no ha habido hasta ahora un concreto y consistente marco legislativo sobre los deberes y derechos fundamentales y profesionales del militar. El presente trabajo se referirá, a partir del texto contenido en el título I de la Ley Orgánica 9/2011, para los derechos fundamentales y libertades públicas, a aquellos derechos y libertades que mayor repercusión constitucional tienen a partir de los conflictos jurídicos producidos.

III. LA LEY ORGÁNICA 9/2011, DE 27 DE JULIO: ÁMBITO DE APLICACIÓN

La Ley Orgánica 9/2011, estructurada en seis títulos con 56 artículos, dos disposiciones adicionales, una única disposición transitoria, una disposición derogatoria y quince disposiciones finales, regula en los artículos 8 -17 del título I el ejercicio por los militares de los derechos fundamentales y libertades públicas, sin perjuicio de las particularidades derivadas de la condición de militar y las limitaciones legalmente establecidas en la

propia Constitución, en esta ley orgánica, en las leyes orgánicas penales y disciplinarias militares y, por supuesto, de las exigencias de la seguridad y defensa nacional.

La Ley Orgánica 9/2011 tiene como destinatarios quienes adquieran la condición de militar profesional conforme a la Ley 39/2007; estos son: los militares de carrera, que adquieren tal condición al incorporarse a una escala de oficiales o de suboficiales con la obtención del primer empleo militar (artículo 76.1), los militares de complemento (artículo 77.1) y los militares de tropa y marinería (artículo 78). Igualmente son destinatarios los reservistas y aspirantes a reservistas activados e incorporados a las Fuerzas Armadas, sin perjuicio de la aplicación del régimen general previsto en el título VI de la Ley de la Carrera Militar para el resto de derechos y deberes de naturaleza profesional y social¹.

Por el contrario, quedan excluidos los militares sujetos a situaciones administrativas que lleven consigo la suspensión de su condición (servicios especiales y excedencia) y los alumnos de la enseñanza militar de formación². Respecto de los cuales el artículo 19 del Real Decreto 35/2010, de 15 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de ingresos y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas, dispone que a partir del nombramiento como alumno «tendrán condición de militar, estando sujetos al régimen de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas».

Desde una visión de jerarquía normativa, sería de aplicación única y estricta el contenido de la Ley Orgánica 9/2011, esto es, que los alumnos se vean excluidos del ámbito de aplicación de la ley orgánica. Sin embargo, atendiendo a una perspectiva amplia, extensiva y conjunta a la normativa referida, podría afirmarse que los alumnos solo quedan exentos de la aplicación del título I de dicha ley, pudiéndoles ser de aplicación otros preceptos como los relativos a las reglas de comportamiento del militar, los

¹ Artículo 2.2 «A los reservistas y a los aspirantes a tal condición les será de aplicación cuando se encuentren incorporados a las Fuerzas Armadas en los términos que se especifican en el título IV».

Artículo 52.1 «A los reservistas y a los aspirantes a reservistas cuando se encuentren activados e incorporados a las Fuerzas Armadas, dada su condición militar, les será de aplicación lo previsto en los artículos 3 al 17 con las particularidades que se establecen en los apartados siguientes».

² Artículo 2.1 «Los destinatarios de esta ley son todos los miembros de las Fuerzas Armadas que adquieren la condición militar según lo establecido en la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar. En consecuencia, se aplica a los miembros profesionales de las Fuerzas Armadas, salvo que estén en situaciones administrativas en las que tengan suspendida su condición de militar, y a los alumnos de la enseñanza militar de formación».

derechos y deberes de carácter profesional o incluso los relativos al apoyo al personal comprendidos en el título II.

IV. PRINCIPIOS VINCULADOS A LA LEY ORGÁNICA 9/2011

El ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes y obligaciones previstos en la Ley Orgánica 9/2011 están sometidos a unos determinados parámetros esenciales sustentadores de la propia ley, capaces de delimitar el marco en el que se van a conjugar los derechos fundamentales que posteriormente se analizarán, por lo que se hace necesario entrar a enunciarlos mostrando su esencia.

A) EL DEBER DE ACATAR LA CONSTITUCIÓN

El artículo 5 de la Ley Orgánica 9/2011 dispone que «el militar guardará y hará guardar la Constitución como norma fundamental del Estado y cumplirá las obligaciones militares derivadas de las misiones establecidas en la Constitución³ y en la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, con sujeción a las reglas de comportamiento que se definen en esta Ley». La disciplina del militar tiene su expresión colectiva en el acatamiento de la Constitución⁴.

B) LAS REGLAS DE COMPORTAMIENTO DEL MILITAR

El teniente general Gutiérrez Mellado, durante la toma de posesión de la Capitanía General de la Séptima Región Militar, en mayo de 1976, expresó que «el Ejército, por muy sagradas que sean sus misiones, está no para mandar, sino para servir»⁵. El servicio a prestar por el militar se debe

³ Artículo 8.1. «Las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional».

⁴ Artículo 4.1 de la Ley de la Carrera Militar en relación con el artículo 6.1.8 de la Ley Orgánica de Derechos y Deberes «La disciplina, factor de cohesión que obliga a mandar con responsabilidad y a obedecer lo mandado, será practicada y exigida en las Fuerzas Armadas como norma de actuación. Tiene su expresión colectiva en el acatamiento a la Constitución y su manifestación individual en el cumplimiento de las órdenes recibidas».

⁵ Gutiérrez Mellado, M., «El Ejército en la transición». Transcripción parcial de la conferencia pronunciada durante los cursos de la Universidad Complutense en El Escorial, 1993, p. 7.

regir a nuestro juicio por unas pautas de juego que, en todo caso y a través de los medios proporcionados por el Estado, gobiernen la actitud diaria del militar para lograr la máxima eficacia en su acción. Dichas reglas de comportamiento, como si de un código deontológico se tratara, están taxativamente previstas en 16 apartados contenidos en el artículo 6 de la Ley Orgánica 9/2011.

Si bien las derogadas Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, aprobadas por Ley 85/1978, de 28 de diciembre, ya definían a las Fuerzas Armadas como una «institución jerarquizada, disciplinada y unida», el artículo 7 de las actuales Reales Ordenanzas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, dispone que el militar «ajustará su comportamiento a las características de las Fuerzas Armadas de disciplina, jerarquía, y unidad, indispensables para conseguir la máxima eficacia en su acción», por lo que las reglas de comportamiento del militar bien podrían estar englobadas de forma genérica en tres grupos: la disciplina, la jerarquía y la unidad.

La disciplina, según el artículo 8 de las vigentes Reales Ordenanzas y el artículo 6.1.8 de la Ley Orgánica 9/2011, es «el factor de cohesión que obliga a mandar con responsabilidad y a obedecer lo mandado». practicándose y exigiéndose en las Fuerzas Armadas como norma de actuación.

Teniendo como expresión colectiva el ya citado acatamiento a la Constitución, y como manifestación individual el cumplimiento de las órdenes recibidas, es tanta la importancia que radia la disciplina en las Fuerzas Armadas que si el preámbulo II de la Ley Orgánica 8/2014, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, la prevé como «código de conducta de los miembros de las Fuerzas Armadas», su artículo 1 dispone como objeto de la ley «garantizar la observancia de las reglas de comportamiento de los militares, en particular la disciplina, la jerarquía y la unidad, que, de acuerdo con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, constituyen el código de conducta de los miembros de las Fuerzas Armadas».

Por su parte, el Real Decreto 96/2009 las define como «el conjunto de reglas que sirven para mantener el orden y la subordinación entre los miembros de las FAS, virtud fundamental del militar, que obliga a todos por igual», y sin perjuicio de su mención en otros preceptos⁶, le dedica por completo el título II (artículos 44-52).

⁶ Artículo 1. «Las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, que constituyen el código de conducta de los militares, definen los principios éticos y las reglas de comportamiento de acuerdo con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico. Deben servir de guía a todos los militares para fomentar y exigir el exacto cumplimiento del deber, inspirado en el amor a España y en el honor, disciplina y valor».

La jerarquía está reflejada en el artículo 6.1.9 de la Ley Orgánica 9/2011 y en el artículo 9 de las Reales Ordenanzas como aquel principio que debe ser escrupulosamente respetado en la estructura orgánica y operativa de las Fuerzas Armadas, definiéndose como jerárquica la situación entre sus miembros en cuanto concierne a mando, subordinación y responsabilidad en el desempeño de los cometidos.

Como principio esencial, y en su beneficio, ya se acudió a la jerarquía en las *Ordenanzas de S. M. para el Régimen, Disciplina, Subordinación, y Servicio de sus Ejércitos*, de 1768; en su tomo I, «Don Carlos por la gracia de Dios, Rey de Castilla, de León, de Aragón, de las Dos Sicilias [...] por quanto ha manifestado la experiencia, que en la observancia de las Ordenanzas Militares, expedidas desde el año de mil setecientos veinte y ocho, se han ofrecido algunas dudas, que, ó consultadas atrasaban mi servicio, ó mal interpretadas podrían (tal vez) perjudicarle; y que en la falta de regla fixa, que no daban para muchos asuntos del interior gobierno de los Cuerpos, quedaba expuesto á disformidad, y voluntaria variación el método de buen reimen en ello: por tanto he resuelto que anuladas en todas sus partes las referidas Ordenanzas Militares, se observen inviolablemente, para la Disciplina, Subordinación, y Servicio de mis Ejércitos las que explican los Tratados y los Títulos siguientes».

La unidad es novedosamente incorporada a las reglas de comportamiento militar; sin embargo, posee una triple acepción.

En primer lugar, como unidad estructural e institucional, según establecen la exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2005 de la Defensa Nacional, por la que «la organización de las Fuerzas Armadas, integradas en el Ministerio de Defensa, responde a los principios de jerarquía, disciplina, unidad y eficacia»; el artículo 10.1 del mismo texto, por el que «las Fuerzas Armadas son el elemento esencial de la defensa y constituyen una entidad única que se concibe como un conjunto integrador de las formas de acción específicas de cada uno de sus componentes: el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire»; o el artículo 14, por el que «la organización y funcionamiento de los órganos de la jurisdicción militar se rigen por el principio de unidad jurisdiccional».

En segundo lugar, como unidad de mando, como se desprende del artículo 11.3 de la Ley Orgánica 5/2005, según la cual la «estructura operativa para el desarrollo de la acción conjunta y combinada se organizará con

Artículo 17. «Tendrá presente que la disciplina, valor, prontitud en la obediencia y exactitud en el servicio son virtudes a las que nunca ha de faltar».

arreglo al principio de unidad de mando y los criterios necesarios para la consecución de la máxima capacidad operativa».

Por último, y como acepción más vinculada a la regla de comportamiento del militar, los artículos 6.1.7, y 6.1.14 de la Ley Orgánica 9/2011 y el artículo 10 de las Reales Ordenanzas conciben la unidad como la manifestación de la lealtad y el compañerismo para el cumplimiento de las misiones, logrando así la máxima eficacia en la acción de las Fuerzas Armadas, o lo que es lo mismo, la cohesión en el seno de las Fuerzas Armadas.

C) LA EFECTIVIDAD DE LA IGUALDAD DE GÉNERO

Con carácter previo a analizar la igualdad de género en las Fuerzas Armadas, se hace necesaria, como nota introductoria, una breve exposición sobre la igualdad en sus diferentes vertientes.

La igualdad ante la ley que aglutina a todos los ciudadanos, tiene su complemento en la vinculación de la igualdad al legislador, o lo que es lo mismo, la igualdad en la ley. Así lo entiende el Tribunal Constitucional en su sentencia 22/1981, de 2 de julio, cuando afirma que «la igualdad jurídica reconocida en el artículo 14 de la Constitución vincula y tiene como destinatario no solo a la Administración y al Poder Judicial, sino también al Legislador, como se deduce de los artículos 9 y 53 de la misma». Esa igualdad formal es traducida en material a través del artículo 9.2 de la Constitución, por el que encomienda a los poderes públicos «promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas». En busca de la igualdad material entre hombres y mujeres en las Fuerzas Armadas, y diez años después de la proclamación del artículo 14 de la Constitución, se admitió la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas españolas mediante el Real Decreto-ley 1/1988, de 22 de febrero. A pesar de poder ser considerada una integración tardía en comparación con otros países occidentales, su progresión ha sido vertiginosa pero gradual.

El Real Decreto 984/1992, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Tropa y Marinería Profesionales en las Fuerzas Armadas, facultó a los soldados profesionales a optar a todos los destinos de su empleo militar, excepto los de tipo táctico u operativo (Legión, Paracaidistas, Operaciones Especiales) por sus características físicas y biológicas, o en submarinos o buques menores por cuestión de infraestructura y habitabilidad.

La Ley 17/1999, de 18 de mayo, del Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, garantizó la plena igualdad profesional eliminando las limitaciones impuestas a las mujeres en materia de destinos.

Con ese objetivo, las autoridades competentes promovieron especiales mecanismos⁷, y en lo que especialmente atañe en materia de defensa, con el objeto de responder a las nuevas realidades de los Ejércitos, se aprobó la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar⁸, el Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas⁹, y por supuesto la Ley Orgánica 9/2011, cuyo artículo 4 establece que «en las Fuerzas Armadas no cabrá discriminación alguna por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo, orientación sexual, religión o convicciones, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». «Las autoridades competentes promoverán las medidas necesarias para garantizar que, en el ámbito de las Fuerzas Armadas, la igualdad entre el hombre y la mujer sea real y efectiva, impidiendo cualquier situación de discriminación, especialmente en el acceso, la prestación del servicio, la formación y la carrera militar».

V. DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS DE LA LEY ORGÁNICA 9/2011

Desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978 los miembros de las Fuerzas Armadas, al igual que el resto de los ciudadanos, han podido disfrutar de los derechos fundamentales y las libertades públicas previstas en los artículos 15-29 de la sección 1.^a del capítulo II de la Carta Magna. Sin embargo, el ejercicio de algunos de estos derechos y libertades se ha vetado (derecho de sindicación) o limitado (libertad de expresión)¹⁰ por lo que se conoce como *relación de especial sujeción*, es decir, el sometimiento

⁷ Artículo 65 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de hombres y mujeres. «Las normas sobre personal de las Fuerzas Armadas procurarán la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres, en especial en lo que se refiere al régimen de acceso, formación, ascensos, destinos y situaciones administrativas».

⁸ Artículo 6.1 «La igualdad de trato y de oportunidades es un principio que en las Fuerzas Armadas se aplicará de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y que estará especialmente presente en el desarrollo y aplicación de esta ley en lo relacionado con el acceso, la formación y la carrera militar».

⁹ Artículo 13. «[El militar] Velará por la aplicación de los criterios y normas relativos a la igualdad efectiva de mujeres y hombres y a la prevención de la violencia de género».

¹⁰ Artículo 12 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas. «En su actuación el militar respetará y hará respetar los derechos fundamentales y libertades públicas reconoci-

miento a una potestad administrativa de autoorganización más intensa de lo normal, relacionada con bienes jurídicos como la disciplina, la jerarquía o la unidad, necesarios para cumplir con las funciones que la Constitución ha atribuido en su artículo 8.1¹¹.

A) LIBERTAD PERSONAL

El artículo 17.1 de la Constitución, el 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 —Instrumento de Ratificación de España de 13 de abril de 1977—, disponen que «toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad», coincidiendo con el artículo 8 de la Ley Orgánica 9/2011 en que la privación de la libertad solo tendrá lugar en los casos previstos por las leyes y en la forma en que estas dispongan. Aunque pueda parecer que la privación del derecho a la libertad solo puede tener lugar en la disciplina penal, lo cierto es que también tiene cabida en el seno de los procedimientos disciplinarios militares mediante el arresto en domicilio o en el lugar de la unidad, acuartelamiento, base, buque o establecimiento que se señale conforme a lo dispuesto en los artículos 15 y 16 de la Ley Orgánica 8/2014, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

Desde una perspectiva disciplinaria, a colación con la figura del arresto, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 21/1981, de 15 de junio, ha venido a interpretar *a sensu contrario* el contenido del artículo 25.3 de la Constitución, por el que «la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad». De esta manera, se legitima a la Administración militar para imponer sanciones privativas de libertad. El origen de esta interpretación se halla en la reserva que España formuló al artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹², relativo a la necesaria participación de un tribunal judicial para poder imponer este tipo de sanciones, en la medida en que eran incompatibles con las disposiciones contenidas en el título XV del tratado segundo y en el título XXIV del tratado tercero del derogado Código de Justicia Militar de 1890. La especial naturaleza y función de la Administración

dos en la Constitución, sin perjuicio de que en su ejercicio deba atenerse a las limitaciones legalmente establecidas en función de su condición militar».

¹¹ Bastida Freijedo, F., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 96.

¹² BOE 243, de 10 de octubre de 1979.

militar, de las Fuerzas Armadas y de su régimen disciplinario eran motivos suficientes para que a los arrestos previstos en dicho régimen no les fuera aplicable el artículo 5 del Convenio.

Sobre el arresto, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 61/1995, de 19 de marzo (Sentencias 31/1985, de 5 de marzo; 14/1999, de 22 de febrero; y 73/2010, de 18 de octubre), declaró que entre el derecho a la libertad y la detención como medida privativa de libertad no existen zonas intermedias, por lo que la sanción de arresto procedente de una infracción disciplinaria militar supone una verdadera privación de libertad. No obstante, para quien ha considerado que en realidad no se trata de una privación de libertad, sino de una restricción de la misma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Sentencia de 6 de octubre de 1980, matizó que «entre privación y restricción de libertad no hay más que una diferencia de grado o intensidad, no de naturaleza o esencia».

El mantenimiento del arresto, como sanción disciplinaria prevista en la nueva Ley Orgánica 8/2014, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, ha sido objeto de numerosas críticas. Así, el informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica alababa la incorporación de la sanción económica por considerarla «en principio más adecuada en la generalidad de los casos y condiciones de normalidad, que las tradicionales sanciones privativas de libertad».

Atendiendo ahora a una visión procesal, nuestro ordenamiento jurídico exige que un detenido sea puesto de inmediato a disposición judicial. No obstante, circunstancias como la participación de un militar español en una operación en el exterior no hacen tan inmediatamente factible su ejecución. En estos casos el militar detenido será puesto a disposición del jefe del contingente nacional en virtud del SOFA (Status of Forces Agreement) de la misión¹³, para su inmediata repatriación a territorio nacional con el fin de desarrollar las debidas diligencias y paralelamente asegurar los derechos y garantías del detenido.

A pesar de ello, no siempre existe la posibilidad de repatriación *ipso facto*, viéndose así comprometido el mandato constitucional por el que toda persona detenida debe ser puesta en libertad o a disposición judicial en el plazo de las 72 horas siguientes a su detención, o el derecho fundamental a informar las razones de su detención o a la asistencia letrada.

¹³ El Status of Forces Agreement (SOFA) a nivel Unión Europea o a nivel OTAN en el marco de la Alianza Atlántica determina, entre otras cosas, el estatuto jurídico del personal militar que forma parte de una misión en el exterior.

En cuanto al plazo de detención, nuestro Tribunal Constitucional (Sentencia 21/1997, de 10 de febrero) entiende que cuando la detención se produce en alta mar y/o a considerable distancia de las costas españolas más próximas en el que poder ejercer la jurisdicción nacional, es preceptivo interpretar el artículo 17.2 de la Constitución. «Si bien la libertad en cuanto derecho fundamental y valor superior de nuestro ordenamiento no puede sufrir excepciones por razones de eficacia en la lucha contra el delito [...] no es menos cierto que la vulneración del derecho que el artículo 17.2 CE garantiza solo se producirá cuando se hayan transgredido los límites del mismo. Y al respecto basta recordar que si la disponibilidad sobre la pérdida de libertad es exclusivamente judicial [...] más allá de las setenta y dos horas, corresponde a un órgano judicial la decisión sobre mantenimiento o no de la limitación de la libertad (STC 115/1987). De esta exigencia constitucional no se requiere incondicionalmente la presencia física del detenido ante el Juez, sino que la persona privada de libertad, pasadas las setenta y dos horas, no continúe sujeta a las autoridades que practicaron la detención y pueda bajo el control y decisión del órgano judicial competente garantizar la libertad que el artículo 17 reconoce».

De modo que, como continúa citando la STC 21/1997, «estando por transcurrir las setenta y dos horas primeras desde la detención, y tras tener en cuenta las circunstancias de lugar y tiempo que impedían la presencia física de los detenidos ante el órgano judicial y valorar los indicios de criminalidad existentes, se decretó la prisión provisional comunicada y sin fianza», sin reproche ninguno sobre el control judicial sobre la libertad al término del plazo constitucionalmente previsto.

En lo que respecta al derecho a ser informado de forma inmediata de los derechos y razones de la detención, y a la asistencia letrada, resultan obvias las dificultades que puede entrañar hacer efectivos estos derechos en el desarrollo de una operación militar en el extranjero. Según la supracitada Sentencia 21/1997, la declaración del detenido en zona de operaciones o en buque en alta mar, como diligencia tendente a esclarecer los hechos como parte del sumario previsto en el artículo 146 de la Ley Procesal Militar, supone la necesaria aplicación de las garantías a ser informado de sus derechos y de las razones de su detención, así como la asistencia letrada, «dada la innegable importancia para la defensa». La finalidad de estas garantías es la de «asegurar la situación de quien, privado de su libertad, se encuentra en la eventualidad de quedar sometido a un proceso».

De este modo, la simple vigilancia o custodia del militar autor de un presunto delito en el exterior hasta su llegada o repatriación a territorio nacional no es considerada como diligencia para el esclarecimiento de los

hechos, no cumpliéndose el presupuesto necesario para satisfacer las exigencias de defensa del artículo 17.3 de la Constitución y del artículo 520.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, asegurando así sus derechos constitucionales. Por contra, dicha vigilancia o custodia se halla bajo nuestro parecer, por la falta de un marco normativo concreto, en un ámbito de indeterminación en cuanto al tratamiento del detenido en vida real en zona de operaciones; esto es, sus relaciones con el resto de personal de la misión, su posible cercanía con otros implicados o con el propio cuerpo del delito, el mantenimiento de la disciplina, y la posible repercusión a la seguridad y defensa nacional.

B) LIBERTAD RELIGIOSA

Bajo los precedentes del artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 16 de la Constitución española garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley. Igualmente dispone que nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias, y que ninguna confesión tendrá carácter estatal, de modo que los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones. Esta libertad, contemplada en su tratamiento constitucional con la mención que el artículo 14 hace de la religión y de su prohibición como causa de discriminación, está desarrollada para su ejercicio, protección y respeto por la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, aplicándose expresamente en los establecimientos públicos militares conforme al artículo 2.3¹⁴.

En clara sintonía con lo anterior, y dejando patente la necesidad de no omitir la libertad religiosa como uno de los derechos fundamentales de mayor calado social, el artículo 9 de la Ley de Derechos y Deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas reconoce al militar el derecho a la libertad religiosa, bajo la protección y el respeto de la citada ley orgánica.

¹⁴ Artículo 2.3. «Para la aplicación real y efectiva de estos derechos, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos».

El fundamento jurídico 4.º de la sentencia del pleno del Tribunal Constitucional 24/1982, de 13 de mayo, sentó doctrina sobre la capacidad y legitimidad del Estado para facilitar asistencia religiosa a los miembros de las Fuerzas Armadas. «El hecho de que el Estado preste asistencia religiosa a los individuos de las Fuerzas Armadas no solo no determina lesión constitucional, sino que ofrece, por el contrario, la posibilidad de hacer efectivo el derecho al culto de los individuos y comunidades. No padece el derecho a la libertad religiosa o de culto, toda vez que los ciudadanos miembros de las susodichas Fuerzas son libres para aceptar o rechazar la prestación que se les ofrece; y hay que entender que tampoco se lesiona el derecho de igualdad, pues por el mero hecho de la prestación a favor de los católicos no queda excluida la asistencia religiosa a los miembros de otras confesiones, en la medida y proporción adecuadas, que estos puedan reclamar fundadamente, de suerte que el Estado que desoyera los requerimientos en tal sentido hechos incidiría en la eventual violación analizada».

De lo transcrito se concluye que el sostenimiento por el Estado de un servicio de asistencia religiosa para los miembros de las Fuerzas Armadas no solo no es inconstitucional, sino que la injerencia constitucional sería, precisamente, lo contrario¹⁵.

El Real Decreto 1145/1990, de 7 de septiembre, por el que se crea el servicio de asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas y en el que se dictan normas sobre su funcionamiento, y la Ley de la Carrera Militar, a través de su disposición adicional octava, se han hecho eco de esta necesidad al prever un Servicio de Asistencia Religiosa a los miembros de las Fuerzas Armadas garantizado por el Gobierno, en la que:

1. La asistencia religioso-pastoral a los miembros católicos de las Fuerzas Armadas se ejerce por medio del Arzobispado Castrense, prestándose por los Cuerpos Eclesiásticos de los tres ejércitos declarados a extinguir¹⁶, y por los sacerdotes que integran el Servicio de Asistencia Religiosa de las Fuerzas Armadas.
2. Los militares evangélicos, judíos o musulmanes podrán recibir asistencia religiosa de su propia confesión, si lo desean, de conformidad con lo determinado en los correspondientes acuerdos de cooperación establecidos entre el Estado español y la Federación de Entida-

¹⁵ Contreras Mazario, J. M., *El régimen jurídico de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas en el sistema español*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989, p. 574.

¹⁶ Como consecuencia del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y el servicio militar de clérigos y religiosos, de 3 de enero de 1979.

des Religiosas Evangélicas de España, Federación de Comunidades Israelitas de España y Comisión Islámica de España.

3. Los demás militares profesionales podrán recibir, si lo desean, asistencia religiosa de ministros de culto de las iglesias, confesiones o comunidades religiosas, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, en los términos previstos en el ordenamiento y, en su caso, de conformidad con lo que se establezca en los correspondientes acuerdos de cooperación entre el Estado español y dichas entidades.

El derecho a la libertad religiosa adquiere una doble dimensión individual. Aquella interna vinculada a la propia personalidad que supone la existencia de un claustro íntimo de creencias religiosas. Y por otro lado su proyección externa, que supone un *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros, con plena inmunidad de coacción del Estado y de cualquier grupo social (Sentencia del Tribunal Constitucional 166/1996, de 28 de octubre). Como consecuencia del abanico de tendencias religiosas que actualmente existe entre los miembros de nuestras Fuerzas Armadas, la normativa castrense ha garantizado una asistencia religiosa que satisface el cumplimiento de las libertades del artículo 16 de la Constitución. Sin embargo, y pese al afán por saciar las necesidades religiosas legítimamente constitucionales de todo militar, ha sido inevitable enfrentarse a conflictos de intereses con los tradicionales actos castrenses de naturaleza católica¹⁷ que el militar tiene el deber de conservar y transmitir acorde con el artículo 23 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas¹⁸.

En una postura jurisprudencial refrendada mediante Sentencia 34/2011, de 28 de marzo, el Tribunal Constitucional en sentencia 177/1996, de 11 de noviembre, como consecuencia del arresto de un militar que formaba parte de la compañía de honores de su unidad por su negativa a estar presente en la parada militar en honor de la Virgen de los Desamparados, afirmó que el

¹⁷ La Congregación del Santísimo Cristo de la Buena Muerte y Ánimas y Nuestra Señora de la Soledad, en Málaga; la Pontificia, Real y Venerable Cofradía del Santísimo Cristo de la Esperanza y María Santísima de los Dolores y del Santo Celo por la Salvación de las Almas, en Murcia; la Cofradía Nuestro Padre Jesús Rescatado, en Elche; la Real Cofradía de Nuestro Padre Jesús Caído y María Santísima de la Esperanza, en Valdepeñas (Ciudad Real); la Cofradía del Santo Entierro de Nuestro Señor Jesucristo y María Santísima de la Soledad, en Ceuta; la Pontificia, Real e Ilustre Cofradía de Nuestra Señora de las Angustias, en Ferrol (A Coruña), y la Real Hermandad Carmelita y Antigua Cofradía de Nazarenos del Santo Entierro, en San Fernando (Cádiz).

¹⁸ Artículo 23. Historial y tradiciones. «Conservará y transmitirá el historial, tradiciones y símbolos de su unidad, para perpetuar su recuerdo, contribuir a fomentar el espíritu de unidad y reforzar las virtudes militares de sus componentes».

artículo 16.3 de la Constitución no impide a las Fuerzas Armadas la celebración de festividades religiosas o la participación en ceremonias de esa naturaleza. Pero el derecho de libertad religiosa, en su vertiente negativa, garantiza la libertad de cada persona para decidir en conciencia si desea o no tomar parte en actos de esa naturaleza. Decisión personal, a la que no se pueden oponer las Fuerzas Armadas, que, como los demás poderes públicos, sí están, en tales casos, vinculadas negativamente por el mandato de neutralidad en materia religiosa del artículo 16.3 de la Constitución. En consecuencia, aun cuando se hubiese considerado que la participación del militar en la parada obedecía a razones de representación institucional de las Fuerzas Armadas en un acto religioso, debió respetarse el principio de voluntariedad en la asistencia y, por tanto, atenderse a la solicitud de ser relevado del servicio en tanto que expresión legítima de su derecho de libertad religiosa.

El Tribunal Constitucional y la Sala V del Tribunal Supremo han tratado de resolver los casos que se han ido presentando, con eficacia y sentido común, preponderando la libertad religiosa y de culto sobre los actos de servicio, en tanto no vulnerasen los derechos fundamentales de los demás miembros de las Fuerzas Armadas y no produjese alguna limitación impuesta por la propia Constitución y las Reales Ordenanzas, en clara alusión al contenido del artículo 3.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de Libertad Religiosa¹⁹.

Este contexto introdujo la entrada en vigor del Real Decreto 684/2010, de 20 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Honores Militares. En su disposición adicional 4.^a, relativa a la participación de los militares en actos religiosos, se distinguió entre la participación en actos oficiales y voluntarios, de modo que en sepelios oficiales se podrá incluir un acto de culto católico o de la confesión religiosa que procese el fallecido, teniendo en cuenta la voluntad que hubiera expresado o, en su caso, la que manifiesten sus familiares. La asistencia a los mismos del militar que forme parte del piquete tiene la consideración de acto de servicio y, por ende, obligatorio, no viéndose vulnerado su derecho de libertad religiosa y de culto. Por otro lado, las celebraciones de carácter religioso o de culto con tradicional participación castrense que responden a las tradicionales creencias religiosas de la sociedad española, generalmente vinculadas a la Iglesia católica, que supongan la necesidad de autorizar una comisión, escolta o piquete de asistencia, no podrán vulnerar el ejercicio del derecho a la libertad reli-

¹⁹ Sentencias de la Sala V del Tribunal Supremo 629/1998, de 3 de febrero, y 2437/2000, de 27 de marzo.

giosa, de modo que su asistencia y participación como miembro de dicha comisión, escolta o piquete tendrá carácter voluntario.

C) DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA DIGNIDAD PERSONAL

El artículo 10.1 de la Carta Magna considera que el orden político y la paz social están fundamentados, entre otros, en la dignidad de la persona y en los derechos inviolables que le son inherentes, como es el caso del derecho a la intimidad previsto en el artículo 18.1 de la misma. Por consiguiente, es obvio el estrecho e inquebrantable vínculo existente entre el derecho a la intimidad y la dignidad, y por ende su plasmación conjunta en el artículo 10 de la Ley Orgánica 9/2011.

Desde un punto de vista material, el concepto *intimidad* no está definido en ningún ordenamiento jurídico, nacional o internacional, por lo que se considera una acepción intuitiva de lo que es la esfera personal en relación con el entorno público.

El Tribunal Constitucional, sin llegar a definirlo estrictamente, considera la intimidad como un derecho vacío y cuya configuración depende de la situación del momento (política, cultural...). Por su parte, la Sala Primera del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 4 de mayo de 2011, definió la intimidad como «el conjunto de cualidades inmanentes a la propia persona que están tan estrechamente unidas a su propia naturaleza corporal que no solo se incardinan desde un punto de vista somático, a todo lo que concierne a su propia fisiología, tanto en su génesis constitutiva como en su porte exterior, sino que abarca su acervo actuatorio tendente a indispensables actos de pervivencia o desarrollo con un sello personalísimo cuya indemnidad ha de estar tutelada frente a cualquier injerencia extraña».

Con independencia de la terminología empleada en esta resolución, podría llegar a concebirse la intimidad como un derecho fundamental cuyo objeto es el de velar por todos aquellos asuntos relativos a la vida personal y familiar de su titular, de posibles injerencias o intromisiones ajenas. No obstante, el militar afronta la intimidad y la dignidad desde una doble perspectiva. Por un lado, como los valores que ensalza el artículo 11 de las Reales Ordenanzas,²⁰ y por otro lado, de forma extensa, como los derechos constitucionales a la intimidad personal, el deber de respetar la dignidad

²⁰ Artículo 11 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas. «La dignidad y los derechos inviolables de la persona son valores que [el militar] tiene obligación de respetar y derecho a exigir».

personal y el derecho al secreto de las comunicaciones y a la inviolabilidad del domicilio, incluido el ubicado dentro de unidades, en los términos previstos en la Constitución y en el resto del ordenamiento jurídico, en virtud del artículo 10.1 de la Ley 9/2011.

Como se ha señalado en diversas sentencias del Tribunal Constitucional (10/2002, de 17 de enero, y 22/2003, de 10 de febrero), el derecho a la inviolabilidad del domicilio es una manifestación del derecho a la intimidad, pese a que la Constitución española les reconoce una autonomía normativa. No obstante, al igual que sucede con muchos derechos fundamentales, la intimidad y la inviolabilidad del domicilio no son derechos absolutos, ya que pueden ceder ante otros intereses constitucionalmente relevantes, siempre que su recorte sea necesario y proporcionado con el fin legítimo previsto; y respetuoso con el contenido esencial del derecho. Sin duda, este aspecto es una de las cuestiones que mayor controversia plantea a nivel práctico respecto al personal miembro de las Fuerzas Armadas dentro de las unidades o en zona de operaciones.

El jefe de las bases, acuartelamientos y establecimientos (BAE) o de las unidades, centros u organismos (UCO) podrá autorizar revistas, inspecciones y registros en los alojamientos de su personal dentro de la unidad, basándolas en la necesidad de mantener el control de la disciplina, el buen gobierno, la seguridad de las instalaciones militares y de los integrantes de las mismas, restringiendo así el derecho a la intimidad.

Concibiendo los alojamientos logísticos, las residencias logísticas y las de acción social como especies de residencia militar a tenor de la Orden Ministerial 13/2009, de 26 de marzo, por la que se establece la clasificación, usuarios y precios que deberán regir en las residencias militares del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, se puede afirmar que les es de aplicación la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en su Sentencia 189/04, de 2 de diciembre, por la que las habitaciones de las residencias militares se consideran domicilio de quienes las tienen asignadas, a los efectos de la protección que les dispensa el artículo 18.2 de la Constitución, en la medida en que sean lugares idóneos para el desarrollo de la vida privada, y efectivamente estén destinadas a tal desarrollo, durante el tiempo de asignación.

Sin embargo, en búsqueda de una mayor profundización en el razonamiento, hay que atender a la Directiva 4/2000, del EME (División de Logística), sobre Régimen de vida de los militares profesionales de tropa, por el que se fija la diferencia entre los alojamientos logísticos y los alojamientos para tropa. En estos últimos son tratados los denominados *módulos de alojamiento*, resaltando algunas de las normas de uso:

- Los módulos de alojamiento contarán con el mobiliario de dotación y podrán ser decorados por los usuarios siempre que cumplan los mínimos exigibles de armonía con el entorno, respeto a los compañeros alojados allí y no se dañe la infraestructura.
- Fuera del horario de actividades estará permitido acostarse. Dentro de dicho horario solo podrán hacerlo los expresamente autorizados por razón de enfermedad, servicio, disfrute de permiso reglamentario, etc.
- Para guardar la comida y bebida, siempre no alcohólica, que se pudiera tener, preparar bocadillos u otros elaborados sencillos se utilizará el local de oficio o el destinado a tal efecto.
- A los alojamientos no accederá ninguna clase de animales.
- De acuerdo con las características de la instalación eléctrica del edificio de alojamiento, y previa autorización del mando correspondiente del alojamiento, se podrá permitir el uso de los aparatos eléctricos que se determinen.
- Como norma general, las visitas de personal civil deberán atenderse en las salas de visitas, en las cafeterías o en las zonas autorizadas a tal efecto.
- En circunstancias excepcionales se podrán recibir visitas de personal civil en estas instalaciones, en cuyo caso se ha de contar con la autorización del jefe del edificio o del responsable de la guardia de orden.
- La entrada en los módulos de personal de sexo distinto a los usuarios tendrá carácter excepcional y siempre contará con la debida autorización.

Aunque podría concebirse una extensión de la protección del artículo 18.2 de la Constitución a los módulos de alojamiento condicionándolo a si están ocupados por un solo residente o por varios convivientes²¹, desde una perspectiva personal esta condición no puede omitir que las citadas normas de uso previstas en la citada directiva limitan el uso y desarrollo de actividades elementales de la vida privada, pudiendo llegar a concluir que los módulos de alojamiento de los alojamientos logísticos, sean o no compartidos, no gozan de la protección del artículo 18.2 de la Constitución.

²¹ Franco García, M. A., «Introducción, tenencia y consumo de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en las Fuerzas Armadas. Cuestiones problemáticas desde el punto de vista constitucional», en Estudios de Derecho Militar, Colección de Estudios Jurídicos y Fiscales de la Defensa, Madrid, 2008, p. 42.

En este contexto, y bajo esta última conclusión, surge la Instrucción Técnica 13/05, de Actuación en inspecciones, revistas y registros de alojamientos de tropa, la Instrucción 74/2011, de 5 de octubre, del subsecretario de Defensa, por la que se aprueban las Normas sobre inspecciones del régimen de personal de los miembros de las Fuerzas Armadas y de las condiciones de vida en buques, bases y acuartelamientos, con el fin de verificar el cumplimiento de las normas de régimen interior, compaginándolo con el derecho a la privacidad y la intimidad bajo fundamentos jurídicos expresos y precisos, pero omitiendo referencia alguna a la inviolabilidad del domicilio.

Las *inspecciones y revistas* de las habitaciones, una vez redactadas en el libro de normas de régimen interior de la BAE o UCO, irán orientadas a verificar el buen funcionamiento de los servicios, el cumplimiento de las normas de régimen interior, así como el estado de policía, higiene y conservación de las instalaciones y material, sin que sea necesaria la autorización o presencia del personal alojado, garantizando sin embargo la previa información de la medida que se va a llevar a cabo para permitir la presencia del afectado que voluntariamente lo desee.

Los *registros* tienen como objeto sorprender al personal durante la comisión de un delito, de una falta disciplinaria, cuando existan indicios de alguno de ellos, o por razones fundadas de salud pública o de seguridad, y así, lograr el efectivo mantenimiento del buen gobierno y orden de la Institución Militar, y evitar el resquebrajamiento de la disciplina y la seguridad. En el caso de los registros de alojamientos (incluyendo cajones, armarios, taquillas y objetos personales) situados dentro de las BAE o UCO, prima el contenido de los derechos y libertades de los ciudadanos sobre los actos de autotutela de la Administración engarzados con el principio de eficacia previsto en el artículo 103.1 de la Constitución, siendo necesaria la autorización de ingreso del sujeto pasivo y, en caso de negativa, una resolución judicial que autorice la entrada y el registro. El control que el juez haga como garante del derecho a la intimidad no significa que sea juez de la legalidad y ejecutividad del acto administrativo, sino de la legalidad de la entrada y registro.

El registro es un acto procesal distinto a la entrada²² en el alojamiento, y si, como hemos dicho, las habitaciones de los módulos de alojamiento no gozan de la protección de la inviolabilidad del domicilio, caso distinto es el de registro, que sí goza de la protección del derecho a la intimidad, motivo

²² Gimeno Sendra, V., Manual de Derecho Procesal Penal, Madrid, Colex, 2008, p. 253.

por el cual se evidencia necesario el previo consentimiento de la persona cuyos bienes van a ser objeto de registro. Dicha circunstancia no exime la eventual solicitud de peticiones de consentimiento a aquellas otras personas alojadas en el mismo módulo cuando existan indicios de los hechos antes descritos en (o por) sus enseres²³. Las garantías implican la necesaria presencia del afectado en el momento del registro, salvo imposibilidad manifiesta, la presencia de un mínimo de dos testigos que presencién el acto, evitar inspecciones inútiles procurando no perjudicar más de lo necesario y el levantamiento de un acta preestablecida en la citada instrucción técnica.

La negativa de consentimiento o ausencia del afectado (realización de cursos, ejercicios, permisos, etc.) no es obstáculo para llevar a cabo el registro cuando exista una autorización judicial.

Uno de los aspectos más controvertidos que se puede llegar a producir es el empleo de una revista o inspección para realizar un encubierto registro, evitando así la autorización o presencia del titular del alojamiento. En este supuesto, cuya presunta finalidad es la determinación de un presunto delito o falta disciplinaria, lo que en realidad la torticera acción produciría no es sino la consideración de ilícita de toda prueba obtenida de ese modo, y con ello la más que probable nulidad en un eventual proceso penal.

Caso distinto sería, en el seno de una inspección o revista para garantizar el orden, mantenimiento y limpieza de la habitación, la obtención fortuita y casual de pruebas de hechos presuntamente delictivos o tipificados disciplinariamente. Siguiendo la doctrina de la Sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1995, tal prueba podría ser considerada suficiente para enervar la presunción de inocencia, sin vulnerar el derecho a la intimidad e inviolabilidad del domicilio.

D) LIBERTAD DE DESPLAZAMIENTO Y DE CIRCULACIÓN

El contenido del artículo 13.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, por el que «toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado», del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por el que «toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia», y del artículo 19 de la Constitución, en virtud del cual «los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional»,

²³ Sentencia 209/2007, de 24 de septiembre, del Tribunal Constitucional.

produce la necesidad de relacionar el análisis de las libertades de desplazamiento y circulación previstas en el artículo 11 de la Ley Orgánica 9/2011, con las libertades de residencia y domicilio reguladas en el artículo 23 del título II de los derechos y deberes de carácter profesional de la misma ley, debido al indubitado vínculo que puede existir cuando el domicilio o residencia de un militar esté fijado en una plaza distinta a la del lugar de su destino.

El militar puede desplazarse y circular libremente por territorio nacional sin perjuicio de las limitaciones que implica el deber de disponibilidad permanente para el servicio, según las características propias del destino y las circunstancias de la situación, como pueden ser las necesidades operativas y las derivadas del funcionamiento de las unidades.²⁴

En cuanto a la relación con la libertad de residencia y domicilio, el artículo 175 de las antiguas Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas establecía que «el lugar habitual de residencia del militar será el de su destino»; no obstante, «podrá autorizarse a fijarlo en otro destino, con la condición de que pueda cumplir adecuadamente todas sus obligaciones». Añade además que «dentro del territorio nacional podrá separarse de la localidad de su destino con la limitación que imponga la posibilidad de incorporarse a su unidad en los plazos fijados por el jefe de ella».

La disposición derogatoria única de la Ley de la Carrera Militar derogó, entre otros artículos, al citado 175, sin imponer previsión normativa alguna sobre la residencia del militar profesional, el posible cambio de domicilio distinto al del destino, la ausencia del domicilio o la salida al extranjero. Este vacío normativo supuso la necesidad de acudir al artículo 19 de la Constitución, por el que se ampara la libre facultad para desplazarse por todo el territorio nacional, y a determinar libremente el lugar de residencia, transitoria o permanente. Sin embargo, era notoria la insuficiencia de esta descripción genérica, ya que las facultades que implica la libertad de circulación no son ilimitadas ni absolutas en base al citado artículo 53.1 de la Constitución, que permite regulaciones limitativas por ley de los derechos y deberes fundamentales, sin otra restricción que el respeto a su contenido esencial.

²⁴ Artículo 20 de las Reales Ordenanzas de las Fuerza Armadas. «Estará en disponibilidad permanente para el servicio, que se materializará de forma adecuada al destino que se ocupa y a las circunstancias de la situación, y realizará cualquier tarea o servicio con la máxima diligencia y puntualidad, tanto en operaciones como para garantizar el funcionamiento de las unidades».

Actualmente ese vacío ha sido cubierto por el artículo 23 de la Ley Orgánica 9/2011²⁵, retrocediendo a los orígenes del artículo 175 de las antiguas Reales Ordenanzas, y sometiendo las condiciones y términos de la libertad de residencia a orden del ministro de Defensa²⁶. Independientemente de donde se fije la residencia, el militar tiene la obligación de desempeñar sus funciones, y por ello, el deber de comunicar en su unidad su lugar de domicilio habitual o temporal para posibilitar su localización por necesidades del servicio, como dispone la Directiva 4/00 EME (DIVLOG), de Régimen de vida de los militares profesionales de tropa, y el artículo 23.2 de la Ley 9/2011²⁷.

Dicha comunicación no requiere autorización, porque exigirla supondría limitar el derecho a fijar libremente la residencia, y los límites solo podrán venir contenidos en ley orgánica, de modo que la autorización adquiriría un nivel normativo superior, lo que infringiría el principio de jerarquía normativa garantizado por la Constitución.

E) LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DE INFORMACIÓN

En sintonía con la libertad de expresión y de información prevista en el artículo 20 de la Constitución, en el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, el artículo 12.1 de la Ley Orgánica 9/2011 otorga al militar el 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 salvaguarda de la seguridad y defensa nacional, el deber de reserva y el de respeto a la dignidad de las personas y de las institucionales y poderes públicos».

La libertad de expresión y de información, conectada íntimamente a la dignidad de la persona, adquiere una dimensión constitucional esencial en

²⁵ Artículo 23.1. «El lugar de residencia del militar será el del municipio de su destino. También podrá ser uno distinto siempre que se asegure el adecuado cumplimiento de sus obligaciones, en los términos y con las condiciones que se establezcan por orden del Ministro de Defensa».

²⁶ Orden DEF/2096/2015, de 29 de septiembre, por la que se fijan los términos y condiciones para que el militar pueda residir en un municipio distinto al de destino.

²⁷ Artículo 23.2. «El militar tiene la obligación de comunicar en su unidad el lugar de su domicilio habitual o temporal, así como cualquier otro dato de carácter personal que haga posible su localización si las necesidades del servicio lo exigen».

el correcto funcionamiento de una sociedad democrática, principalmente, cuando contribuya a la formación de una opinión pública libre y plural y a la existencia de una sociedad abierta.

Pese a la concepción dual recogida en nuestra Constitución, se trata de nuestro entender de dos derechos distintos en cuanto a su objeto. La noticia respecto a la libertad de información, y la opinión respecto a la libertad de expresión no siempre es fácil de separar, por lo que el Tribunal Constitucional ha tenido que llegar a intervenir estableciendo criterios de distinción a partir del carácter objetivo del contenido de la información y el carácter subjetivo del contenido de la expresión²⁸.

A tenor de esta hipótesis, y a pesar de que la Ley Orgánica 9/2011 los integra en el mismo título de su artículo 12, al tratarse de dos libertades distintas serán objeto de análisis en el presente trabajo por separado.

Según Sánchez Morón «el principio general de libertad que rige para la generalidad de los ciudadanos sufre algunas restricciones específicas para algunos grupos de funcionarios, con mención específica de los militares»²⁹ (Tribunal Constitucional, en su Sentencia 371/1993, de 13 de diciembre). Por ello el artículo 12.1 de la Ley Orgánica 9/2011 otorga al militar el derecho a «la libertad de expresión [...] en los términos establecidos en la Constitución, sin otros límites que los derivados de la salvaguarda de la seguridad y defensa nacional, el deber de reserva y el de respeto a la dignidad de las personas y de las instituciones y poderes públicos».

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos dispuso en su Sentencia de 26 de septiembre de 1995, *Vogt contra Alemania*, que «la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones básicas para su progreso y para el desarrollo de cada uno». No obstante, y pese a que como el propio Tribunal manifestó, «no se detiene en la puerta de los cuarteles», la libertad de expresión es, junto a los derechos políticos y sindicales, uno de los más fuertemente restringidos para los miembros de las Fuerzas Armadas y sus funciones militares, porque permitir los debates ideológicos sobre las órdenes dictadas por el mando, o simplemente cuestionar estas, tendría como consecuencia el resquebrajo de los principios de jerarquía, unidad y disciplina sobre los que se sustenta la Institución Militar.

La Sala V del Tribunal Supremo, en sentencias de 5 de noviembre de 1991 y de 24 de noviembre de 1992, manifestó que la extensión de la liber-

²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 171/1990, de 5 de noviembre.

²⁹ Sánchez Morón, M., *Derecho de la Función Pública*, 2.^a ed., Madrid, Tecnos, 1997, p. 220.

tad de expresión es distinta para los miembros de las Fuerzas Armadas que para los demás ciudadanos, y en Sentencia 23/2005, de 23 de marzo, ha mantenido que el derecho a la libertad de expresión no es absoluto, y que su ejercicio está sujeto a límites constitucionales, expresos y legales, generales y específicos, pero igualmente excepcionales de interpretación restrictiva. Los límites específicos³⁰ a los que se refiere la Sala V del Tribunal Supremo son, en esta misma interpretación, los derivados de la naturaleza del servicio que los militares desempeñan y del grado de jerarquización y disciplina interna a que están sometidos, o como el Tribunal Supremo pronunció, en resolución de 19 de abril de 1993, de «la necesidad de mantener la disciplina».

La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de noviembre de 1997, *Grigoriades contra Grecia*, dispuso la posibilidad del Estado de imponer restricciones a la libertad de expresión cuando existe una verdadera amenaza para la disciplina militar, porque el funcionamiento eficaz de un ejército no se puede imaginar sin la existencia de reglas jurídicas destinadas a salvaguardar esta disciplina³¹.

Una de las limitaciones impuestas al ejercicio de la libertad de expresión del militar tiene cabida en el deber incondicional de mantener una neutralidad política y sindical acorde con lo dispuesto en la Ley Orgánica 9/2011. «El militar está sujeto al deber de neutralidad política. No podrá fundar ni afiliarse a partidos políticos y mantendrá una estricta neutralidad pública en relación con la actuación de los partidos políticos» (artículo 7.1). «El militar no podrá ejercer el derecho de sindicación y, en consecuencia, no podrá fundar ni afiliarse a sindicatos ni realizar actividades sindicales. Tampoco permitirá su ejercicio en el ámbito de las Fuerzas Armadas, salvo las que para el personal civil se contemplan en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical y demás legislación aplicable³². En todo caso mantendrá su neutralidad en relación con la actuación de los sindicatos. Los miembros de las Fuerzas Armadas no podrán recurrir a los medios

³⁰ Sentencia de la Sala V del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2008, que dispone que las limitaciones son 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.

³¹ Artículo 12.3 de la Ley Orgánica 9/2011. «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».

³² Artículo 1.3 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical. «Quedan exceptuados del ejercicio de este derecho los miembros de las Fuerzas Armadas y de los Institutos Armados de carácter militar».

propios de la acción sindical, entendida como negociación colectiva, adopción de medidas de conflicto colectivo y ejercicio del derecho de huelga. Tampoco podrán realizar acciones sustitutivas o similares a este derecho, ni aquellas otras concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de las unidades de las Fuerzas Armadas» (artículo 7.2). «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» (artículo 12.2).

La Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, en su Sentencia 4516/2006, de 17 de julio, manifestó que «el concepto de neutralidad equivale a no tomar parte en las opiniones que se mantengan sobre un asunto sometido a debate o controversia, absteniéndose el sujeto obligado de pronunciarse o emitir su parecer al respecto. En este sentido, las ideas de inacción y de imparcialidad forman parte de dicho concepto. De otro lado, las opciones políticas se identifican con la libertad o facultad que se tiene para elegir entre diversas alternativas en lo concerniente a la organización y funcionamiento de la sociedad plural conformada como Estado. El apartamiento de los miembros de los Ejércitos y de los Institutos armados de naturaleza militar del debate político, constituye un interés protegible que forma parte de su estatuto jurídico, fundado, entre otras razones, en las misiones que constitucional y legalmente se confían a los Ejércitos con el consiguiente monopolio del uso de las armas si fuera necesario».

Igualmente, y siguiendo con la línea marcada por el Tribunal Constitucional, en Sentencia 1612/2011, de 25 de enero, la Sala V del Tribunal Supremo consideró que «la libertad de expresión no solo se encuentra afectada por las limitaciones generales aplicables a todos los ciudadanos, sino también por las limitaciones 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. Diciéndose así para mantener la disciplina consustancial a las Fuerzas Armadas y a los Institutos armados de naturaleza militar, y asimismo para proteger el deber de neutralidad política de los militares».

Artículo 6.1 de la Ley Orgánica 8/2014: «Emitir expresiones [...] contra la Constitución, la Corona y demás órganos, instituciones o poderes del Estado [...]».

Artículo 6.7 de la Ley Orgánica 8/2014: «Hacer reclamaciones o peticiones en forma o términos irrespetuosos o prescindiendo de los cauces reglados».

Artículo 7.1 de la Ley Orgánica 8/2014: «Emitir manifiesta y públicamente expresiones contrarias [...] hacia la Constitución, la Corona y demás órganos, instituciones o poderes del Estado;...».

Artículo 7.4 de la Ley Orgánica 8/2014: «Las expresiones o actos ofensivos y la inobservancia de las órdenes e instrucciones de centinelas, fuerza armada [...]».

Artículo 7.32 de la Ley Orgánica 8/2014: «Efectuar con publicidad manifestaciones o expresar opiniones que supongan infracción del deber de neutralidad política o sindical [...]».

Artículo 8.13 de la Ley Orgánica 8/2014: «Infringir reiteradamente los deberes de neutralidad política o sindical, o las limitaciones en el ejercicio de las libertades de expresión o información, de los derechos de reunión y manifestación y del derecho de asociación política o profesional».

A pesar de lo anterior, estas limitaciones quedan debilitadas cuando la libertad de expresión se relaciona con el derecho fundamental de defensa. El Tribunal Constitucional declaró en su Sentencia 102/2001, de 23 de abril, que el derecho a la libertad de expresión «posee una singular cualificación al estar estrechamente ligado a la efectividad de los derechos de defensa del artículo 24 de la Constitución», ya que «implica un derecho a una defensa libremente expresada», extendiendo esta a la autodefensa.

Casos distintos son las expresiones personales de naturaleza política o sindical realizada por un militar en su esfera privada, y sin que la Institución Militar se vea representada; y aquellos supuestos en los que el militar se halle en alguna de las situaciones administrativas de servicios especiales o de excedencia previstas en los artículos 109 y 110 de la Ley de la Carrera Militar, en cuyo caso pasarán a tener la condición de militar en suspenso y, consecuentemente, exentos del régimen general de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas y de las leyes penales y disciplinarias militares.

En este mismo contexto no puede omitirse al personal civil que trabaja en el Ministerio de Defensa y dentro de las Fuerzas Armadas, quienes, como ciudadanos corrientes, están exentos de la prohibición de neutralidad política y sindical. Su ideología, sin embargo, no puede quebrantar este principio castrense, por lo que, a través de lo dispuesto en la disposición final 2.^a de la Ley Orgánica 9/2011, que modifica la disposición adicional 3.^a de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, «el personal civil que ejerza el derecho a la actividad sindical en unidades,

buques y demás establecimientos militares deberá tener en cuenta y respetar el principio de neutralidad política y sindical de los miembros de las Fuerzas Armadas y ajustarse a las normas sobre actividad sindical de los empleados públicos».

Sin perjuicio de los aspectos comunes de la libertad de expresión que son de aplicación a la libertad de información, esta tiene una estricta vinculación con el deber de reserva dispuesto en el artículo 21 del mismo cuerpo legal, que establece el deber del militar de guardar «la debida discreción sobre los hechos o datos no clasificados relativos al servicio de los que haya tenido conocimiento por su cargo o función, sin que pueda difundirlos por ningún medio ni hacer uso de la información obtenida para beneficio propio o de terceros o en perjuicio del interés público, especialmente de las Fuerzas Armadas», y del artículo 33 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, que acuerda que «el militar observará las disposiciones y medidas vigentes sobre materias clasificadas y protección de datos de carácter personal, así como las relacionadas con el acceso a lugares restringidos», conforme a la Ley 9/1968, de 5 de abril, reguladora de los Secretos Oficiales, modificada por la Ley 48/1978, a tenor de lo imperado en el apartado 1.º del artículo 21 de la Ley 9/2011.

Por consiguiente, la libertad de información no se encuentra limitada para los receptores de la información, sino para los emisores, quienes podrán quedar sujetos a responsabilidad penal o disciplinaria por el contenido de su información, aunque la misma sea veraz, cuando puedan con ella revelar secretos profesionales o información clasificada que pueda afectar a la defensa y seguridad nacional.

Artículo 7.18 de la Ley Orgánica 8/2014: «No guardar la debida discreción sobre materias objeto de reserva interna o sobre asuntos relacionados con la seguridad y defensa nacional [...]».

Artículo 8.4 de la Ley Orgánica 8/2014: «El incumplimiento del deber de reserva sobre secretos oficiales y materias clasificadas».

Artículo 53 del CPM: «El militar que, sin propósito de favorecer a una potencia extranjera, asociación u organismo internacional, se procurare, revelare, falseare o inutilizare información legalmente clasificada relativa a la seguridad nacional o defensa nacional [...]» será castigado con pena de prisión.

Artículo 115 del CPM: «El militar que sobre asuntos del servicio diere a sabiendas información falsa o expidiere certificado en sentido distinto al que le constare [...]» será castigado con pena de prisión.

Artículo 116 del CPM: «El militar que no guardase la discreción y reserva debidas sobre asuntos del servicio de trascendencia grave[...]» será castigado con pena de prisión.

F) DERECHO DE REUNIÓN Y DE MANIFESTACIÓN

Para poder comprender la reunión y la manifestación como derechos constitucionales de participación política que permiten a los ciudadanos de una comunidad formar parte de las cuestiones, debates y decisiones políticas con la mayor precisión posible, deben ser atendidas sus características comunes y sus diferencias notables. Así, la reunión y la manifestación son intencionales, momentáneas y organizadas, al igual que sucede con otras figuras semejantes como la asociación, la aglomeración de personas y el espectáculo. No obstante, mientras la diferencia con estos tres últimos ejemplos se basa en ser ajenos al entretenimiento, el contraste entre reunión y manifestación, en virtud de su naturaleza, se halla en que la reunión es estática y suele producirse en zonas privadas o acotadas, y la manifestación, por su esencia reivindicativa y dinámica, en la vía pública³³.

La reunión es, a tenor de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, la concurrencia concertada y temporal de más de 20 personas, con finalidad determinada (artículo 1.2). La asistencia de militares de uniforme, o haciendo uso de su condición militar, a reuniones o manifestaciones públicas se regirá por su legislación específica, conforme al artículo 4.4.

La Ley Orgánica 9/2011 engloba el derecho de reunión y de manifestación en su artículo 13 como facetas de un mismo fenómeno, sin perjuicio de la obligación del militar de compatibilizar su ejercicio con el deber de neutralidad política y sindical. Así pues, el militar no podrá organizar ni participar activamente en reuniones o manifestaciones de carácter político o sindical.

El segundo párrafo del artículo 13.1 de la Ley Orgánica 9/2011 prohíbe, además, al militar vestido de uniforme o haciendo uso de su condición, organizar, participar ni asistir en lugares de tránsito público a manifestaciones o a reuniones de carácter político, sindical o reivindicativo. La prohibición de usar así el uniforme debería ser bajo nuestro punto de vista absoluta y sin excepción alguna, aunque concurren en manifestaciones políticas cuyo objeto pudiera contar con amplísimo respaldo social, por

³³ Peñarubia Iza, J. M., «Presupuestos Constitucionales de la Función Militar», Cuaderno 96, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

cuanto lo contrario sería sentar precedentes que podrían invocarse en otros contextos.³⁴

Por su parte, el artículo 2.e de la Ley Orgánica 9/1983 y el artículo 13.2 de la Ley Orgánica 9/2011 concluyen que las reuniones que se celebren en unidades, buques y demás establecimientos militares se regirán por su legislación específica, aunque en todo caso deberán mantener el principio de neutralidad política y sindical, y ser previa y expresamente autorizadas por el jefe de UCO, quien podrá denegarlas motivadamente, ponderando salvaguardar las necesidades del servicio y el mantenimiento de la disciplina. A tenor de lo previsto por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 22 de junio de 1982, de 21 de julio de 1987 y de 28 de septiembre de 1995, la expresión *necesidades del servicio* es un concepto jurídico indeterminado en cuya concreción la Administración actúa con una apreciación que, sin embargo, no le dispensa de aportar el material probatorio necesario para acreditar que su decisión viene apoyada en una realidad fáctica que garantice la legalidad y oportunidad de la misma, así como su congruencia con los motivos y fines que la justifican.

G) DERECHO DE ASOCIACIÓN

El artículo 22.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 11.2 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, además de regular el derecho de asociación, prevén que el ejercicio de tal derecho solo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que se constituyan o sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden público, la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. Continúan afirmando ambos preceptos que no impedirán las imposiciones de restricciones legales y legítimas al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las Fuerzas Armadas.

Se trata, por lo tanto, de un derecho de participación ciudadana previsto en el artículo 22 de la Constitución³⁵, que, como consecuencia de

³⁴ Pascua Mateo, F., «Los derechos de reunión y de manifestación del personal militar», *Revista Española de Derechos Militar* 84, 2004, pp. 15-60.

³⁵ Artículo 22. «1. Se reconoce el derecho de asociación. 2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales. 3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad. 4. Las asociaciones solo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades

lo manifestado anteriormente, ha quedado sujeto a una serie de límites y exigencias previstas en el mismo precepto constitucional, y en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, que lo desarrolla, en concreto en su artículo 3.c, por el que «los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil habrán de atenerse a lo que disponga su legislación específica para el ejercicio del derecho de asociación en lo que se refiere a asociaciones profesionales».

Hasta la entrada en vigor de la Ley 39/2007 y de la Ley Orgánica 9/2011, la asociación solo se veía reconocida para el militar en el artículo 181 de las antiguas Reales Ordenanzas³⁶.

Para dar cumplimiento a lo anterior, el artículo 14 de la Ley Orgánica 9/2011, en relación con todo el título III donde se desarrolla, dispone que los militares tienen derecho a crear asociaciones y asociarse libremente para la consecución de fines lícitos, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 1/2002.

El derecho de asociación, como prolongación de las libertades de pensamiento, expresión y reunión, permite de forma novedosa a los militares en situación administrativa sujeta al régimen general de derechos y deberes, conforme a los artículos 107 a 113 de la Ley de la Carrera Militar, constituir agrupaciones con personalidad jurídica, con vocación de permanencia y con un mínimo de organización, dirigidas a obtener fines específicos no lucrativos, como dispone el artículo 33.5, ya que esta es característica diferenciadora de las sociedades mercantiles.

El artículo 33 de la Ley Orgánica 9/2011 dispone que se registrarán por lo dispuesto en este título III «las asociaciones profesionales de miembros de las Fuerzas Armadas que tengan como finalidad la promoción y defensa de los intereses profesionales, económicos y sociales». En todo caso, dicha finalidad se realizará de tal modo que quede garantizado el cumplimiento de las misiones de las Fuerzas Armadas, las decisiones de política de seguridad y defensa en el planeamiento y desarrollo de las operaciones militares y en el empleo de la fuerza, el código de conducta de sus miembros y los preceptos de esta ley, de acuerdo con lo previsto en sus artículos 33.2 y 41.

Las asociaciones profesionales de miembros de las Fuerzas Armadas deberán asimismo respetar el principio de neutralidad política y sindical

en virtud de resolución judicial motivada. 5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar».

³⁶ Artículo 181. «Los miembros de las Fuerzas Armadas, por cuyos intereses vela el Estado, no podrán participar en sindicatos y asociaciones con finalidad reivindicativa [...]. Los militares podrán pertenecer a otras asociaciones legalmente autorizadas de carácter religioso, cultural, deportivo o social».

de acuerdo con el artículo 33.3 de la Ley Orgánica 9/2011, de modo que deberán estar desvinculadas de cualquier organización política o sindical, y ni tan siquiera podrán realizar conjuntamente con ellas pronunciamientos públicos ni participar en sus reuniones o manifestaciones. Dentro de este ámbito de neutralidad, quedará también totalmente prohibido el llamamiento o ejercicio del derecho de huelga, las acciones sustitutivas de la misma, la negociación colectiva y la adopción de medidas de conflicto colectivo conforme al artículo 42.

H) DERECHO DE SUFRAGIO

Íntimamente vinculado a la libertad de expresión, el artículo 15 de la Ley Orgánica 9/2011, de acuerdo con el artículo 23.1 de la Constitución y con el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconoce a los miembros de las Fuerzas Armadas su derecho de sufragio activo de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

Para facilitar este ejercicio, las autoridades competentes y los mandos militares establecen procedimientos y medios necesarios para facilitar el voto de los militares que se hallen en cualquier destino y misión, en especial fuera del territorio nacional o cuando estén de servicio o guardia coincidiendo con jornadas electorales. Así ha sucedido recientemente en las elecciones al Parlamento Europeo de 25 de mayo de 2014, en el que se designó a personal y unidades para que adoptasen mecanismos de gestión y transporte de papeletas que garantizaran el voto por correo del personal que previamente lo hubiese solicitado y que estuviese desplegado en las diferentes zonas de operaciones, e igualmente se ordenó el relevo de las guardias de acuartelamiento para el ejercicio de dicho derecho constitucional.

A mayor abundamiento, se solicitó la elaboración de un informe final de la comisión al efecto, en el que se detallasen los aspectos a mejorar en el procedimiento para futuras elecciones.

En lo que atañe al sufragio pasivo, el artículo 15 de la Ley Orgánica 9/2011, en relación con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley Orgánica 5/1985, califica como inelegibles a los militares profesionales en activo. No obstante, aclaran estos preceptos que para el ejercicio de este derecho los militares profesionales deben solicitar el pase a la situación administrativa que corresponda a los efectos de los artículos 107 a 113 de la Ley

de la Carrera Militar, reguladores de los situaciones administrativas de los militares.

I) DERECHO DE PETICIÓN

Históricamente el derecho de petición era el mecanismo a través del cual se hacían llegar las peticiones al rey como encarnación absoluta del poder, sin sufrir por ello menoscabo alguno. Aunque el anteproyecto de la Constitución española prohibía el ejercicio de la petición a los miembros de las Fuerzas Armadas, continuando con la tradición prevista en las Constituciones de 1869³⁷, 1876³⁸ y 1931³⁹, finalmente el artículo 29.1 de la Constitución terminó por reconocer a todos los españoles el derecho de petición individual y colectiva, por escrito, en la forma y con los efectos que determine la ley. Bajo esta consideración, el Tribunal Constitucional, en sus Sentencias 161/1988, de 20 de septiembre, y 242/1993, de 14 de julio, concibió el derecho de petición como un derecho *uti cives*, del que disfrutaban por igual todos los españoles, es decir, un derecho que solo los nacionales pueden ejercer.

Sin embargo, la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del derecho de petición, adaptándose a la realidad del siglo XXI, permitió el ejercicio de titularidad a toda persona física o jurídica, con independencia de su nacionalidad, en defensa de sus intereses legítimos y como forma de participación ciudadana en las tareas públicas, evitando así cualquier tipo de confrontación con el principio de igualdad y no discriminación previsto en el artículo 14 de la Constitución. En este sentido, la Sentencia 108/2011, de 20 de junio, del Tribunal Constitucional manifestó que «casi dos décadas después del primer pronunciamiento constitucional, puede contarse con una progresiva regulación del derecho y de una mayor precisión de sus caracteres definidores».

³⁷ Artículo 20. «El derecho de petición no podrá ejercerse colectivamente por ninguna clase de fuerza armada. Tampoco podrán ejercerlo individualmente los que formen parte de una fuerza armada, sino con arreglo a las leyes de su instituto, en cuanto tenga relación con este».

³⁸ Artículo 13. «El derecho de petición no podrá ejercerse por ninguna clase de fuerza armada. Tampoco podrán ejercerlo individualmente los que formen parte de una fuerza armada, sino con arreglo a las leyes de su instituto, en cuanto tenga relación con este».

³⁹ Artículo 35. «Todo español podrá dirigir peticiones, individual y colectivamente, a los Poderes públicos y a las autoridades. Este derecho no podrá ejercerse por ninguna clase de fuerza armada».

De no haber actuado el derecho positivo contra aquella postura restrictiva, hubiese seguramente provocado la paradoja de que los extranjeros que accediesen a la condición de militar profesional de tropa y marinearía no podrían ejercer el derecho de petición regulado en la Ley Orgánica 9/2011.

El artículo 29.2 de la Constitución establece la facultad de los miembros de las Fuerzas o Institutos armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar de ejercer el derecho de petición solo individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica. Una vez derogadas las Reales Ordenanzas de 1978, la Ley 17/1989 y la Ley 17/1999, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas, es el artículo 16 de la Ley Orgánica 9/2011 el que reconoce al militar la facultad de ejercer este derecho en los supuestos y con las formalidades que señala la Ley Orgánica 4/2011, siendo especialmente llamativo el fundamento de la prohibición de petición colectiva, permitida en cambio para el resto de ciudadanos.

El motivo se encuentra en la necesidad de mantener la disciplina como consecuencia de peticiones que no sigan los cauces reglados, y en el peligro e intimidación que podría suponer para autoridades y personal civil la presentación colectiva de peticiones por quienes tienen la exclusiva de la fuerza material del Estado⁴⁰. Igual que en nuestros precedentes legales y en el derecho comparado, el *petitum* podrá versar sobre cualquier asunto comprendido en el ámbito de competencias del destinatario, «sin que lo solicitado tuviera que ser necesariamente aceptado» (Autos del Tribunal Constitucional 46/1980, 51/1980, 222/1982 y 749/1985) o «entrañe el derecho a obtener una respuesta favorable a lo solicitado» (Auto del Tribunal Constitucional 1084/1986), por referirse a decisiones discrecionales.

La concepción del derecho de petición como un derecho fundamental no es óbice para que el militar en su ejercicio quede exento de posibles responsabilidades disciplinarias por el contenido de su *petitum*.

Artículo 6.7 de la Ley Orgánica 8/2014: «Hacer reclamaciones o peticiones en forma o términos irrespetuosos o prescindiendo de los cauces reglados».

Artículo 7.5 de la Ley Orgánica 8/2014: «Hacer peticiones, reclamaciones, quejas o manifestaciones contrarias a la disciplina o basadas en aseveraciones falsas; así como formularlas con carácter colectivo o a través de los medios de comunicación social».

⁴⁰ Serrano Alberca, J. M., «La protección de las libertades públicas del militar», *Revista de Administración Pública* 103, 1984, pp. 47-88.

A pesar de haber juristas como Serrano Alberca que conciben el derecho de petición como una forma de exponer una súplica o formular una queja, e incluso el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 161/1988 y 242/1993 considera que el derecho de petición debe consistir en una sugerencia o queja que se refiera a decisiones discrecionales o graciabiles, lo cierto es que a nuestro entender no solo el artículo 16 de la Ley Orgánica 9/2011 y el artículo 3 de la Ley Orgánica 4/2001 lo distingue expresamente de las solicitudes, quejas o sugerencias a las que el ordenamiento jurídico prevé un procedimiento específico diverso al señalado en las citadas Leyes Orgánicas sin olvidar el contenido de las Reales Ordenanzas⁴¹, sin que con ello los interesados se vean privados de los mecanismos legalmente establecidos, como son los recursos, para lograr sus pretensiones.

Al amparo de dicho derecho fundamental de petición, el artículo 28 de la Ley Orgánica 9/2011 reconoce al militar la facultad de plantear iniciativas y quejas relativas al régimen de personal y a las condiciones de vida en buques, bases y acuartelamientos, así como iniciativas y propuestas que afecten con carácter general a los miembros de su categoría, a través del conducto reglamentario, de buen modo, verbalmente o por escrito, de acuerdo con lo establecido en este mismo artículo y de conformidad con lo establecido en el Real Decreto 176/2014, de 21 de marzo, por el que se regula el procedimiento para la tramitación de las iniciativas y quejas relativas al régimen de personal y a las condiciones de vida que pueda plantear el militar.

J) EL DEFENSOR DEL PUEBLO

Sin perjuicio de algún precedente durante el siglo XVI, la figura del Defensor del Pueblo tiene su origen más conocido en la *ombudsman* sueca, adquiriendo rango constitucional en 1809, como figura de intermediación entre los ciudadanos y los poderes públicos, encargada de supervisar la legalidad de los actos de la Administración Pública. Fue tal el cariz y la relevancia que obtuvo que su figura fue también trasladada al ámbito militar en 1915 al *militieombudsman* sueco, en 1952 en Noruega y en 1957 en Alemania⁴².

⁴¹ Artículo 38. «Si tuviera alguna queja o reclamación sobre asuntos del servicio que pudieran afectar o perjudicar sus intereses, lo pondrá en conocimiento de sus superiores, haciéndolo de buen modo y por el conducto reglamentario. Todo ello sin perjuicio de ejercitar los derechos o acciones que legalmente le correspondan».

⁴² Astarloa Villena, F., «Veinticinco años de Defensor del Pueblo. Una aproximación al origen, naturaleza y estatuto de la institución», Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol 58-59, 2007.

La Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas y la Conferencia Parlamentaria Europea celebrada en Viena en 1971 elaboraron sendos escritos recomendando a sus Estados miembros la posibilidad de crear un órgano que recibiese las quejas relacionadas con el funcionamiento de la Administración Pública. De esta forma, España incorporó en el artículo 54 de la Constitución de 1978 que una Ley Orgánica (la 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo) regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por estas para la defensa de los derechos comprendidos en este título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración dando cuentas a las Cortes Generales.

Sin embargo, a diferencia de otros sistemas, el ordenamiento jurídico español ha optado por crear un único Defensor del Pueblo encargado de velar por la protección de los derechos de los ciudadanos y de los miembros de las Fuerzas Armadas por igual ante las actuaciones de las distintas Administraciones Civil y Militar.

Mientras el artículo 14 de la Ley Orgánica 3/1981 manifiesta que «*el Defensor del Pueblo velará por el respeto de los derechos proclamados en el Título I de la Constitución en el ámbito de la Administración militar, sin que ello pueda entrañar una interferencia en el mando de Defensa Nacional*», el artículo 17 de la Ley Orgánica 9/2011 faculta al militar para dirigirse individual y directamente al Defensor del Pueblo, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo.

VI. CONCLUSIONES

En los últimos 36 años los miembros de las Fuerzas Armadas han sido testigos de cómo el ejercicio de determinados derechos fundamentales previstos en la Constitución han pasado de estar regulados únicamente en la propia Carta Magna y «desarrollados» en la Ley 85/1978, por la que se aprobaban las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, a verse incorporados a un cuerpo normativo específico que no solo ha procurado armonizar su ejercicio en el ámbito militar, sino también dar cumplimiento al mandato del artículo 81.1 de la Constitución, por el que el desarrollo de derechos fundamentales y libertades públicas debe realizarse mediante ley orgánica.

El particular estatuto jurídico al que los militares se someten de forma voluntaria desde su ingreso en las Fuerzas Armadas lleva aparejada una especial restricción y limitación en el ejercicio de algunos de esos derechos

fundamentales, cuya justificación se encuentra en que no existe ningún derecho absoluto, en el interés de preservar aquellos valores y principios que se consideran indispensables para que los Ejércitos cumplan las misiones que constitucional y legítimamente tienen asignadas, y en la capacidad que ostenta para usar la fuerza que le es depositada en su condición de herramienta del Estado de Derecho, dando lugar a un equilibrio que no puede ser alterado, por ejemplo, por manifestaciones políticas y sindicales individuales y/o colectivas emanadas del interior de las Fuerzas Armadas.

El tratamiento en el presente trabajo de esos derechos y sus posibles conflictos ha destapado múltiples cuestiones que han sido resueltas normativamente, como la que compagina la libertad religiosa con el respeto a la tradicional y arraigada participación de las Fuerzas Armadas en actos militares de naturaleza religiosa. También se ha encumbrado la capacidad de cubrir vacíos normativos, como el producido por la derogación del artículo 175 de las Reales Ordenanzas de 1978 en relación a la libertad de residencia y domicilio junto a la de circulación y desplazamiento. Y, por supuesto, se ha dejado entrever posibles futuros cambios legislativos, como el relativo al arresto, como medida privativa de libertad.

VII. BIBLIOGRAFÍA CITADA Y COMPLEMENTARIA

- ASTARLOA VILLENA, F.: «Veinticinco años de Defensor del Pueblo. Una aproximación al origen, naturaleza y estatuto de la institución», *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* 58-59, 2007.
- BARRERO ORTEGA, A.: «La celebración institucional de festividades religiosas. Análisis exclusivamente constitucional», *Revista de Derecho Político* 66, 2006.
- BASTIDA FREIJEDO, Francisco, *et al.*: *Teoría general de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004.
- CARRIÓN MOYANO, Eduardo: «El militar como funcionario», *Revista Española de Derecho Militar* 8, julio-diciembre 1964.
- CONTRERAS MAZARIO, José María: *El régimen jurídico de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas en el sistema español*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989.
- DÍEZ-PICADO, Luis María: *Sistema de Derechos Fundamentales*, 2.^a ed., Navarra, Thomson Civitas, 2005.

- FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio: «Comentario a la Ley 4/2001 reguladora del derecho de petición», *Revista Española de Derecho Constitucional* 65, mayo-agosto 2002.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: «Las restricciones de los derechos de los militares desde la perspectiva del ordenamiento internacional», *Revista de Estudios Políticos* 64, 1989.
- : «Los límites de los derechos de los miembros de las Fuerzas Armadas», *Boletín de Información del CESEDEN* 215, 1989.
- FRANCO GARCÍA, Miguel Ángel: «Introducción, tenencia y consumo de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en las Fuerzas Armadas. Cuestiones problemáticas desde el punto de vista constitucional», *Estudios de Derecho Militar, Colección de Estudios Jurídicos y Fiscales de la Defensa*, 2008.
- GARCÍA MORILLO, Joaquín: *El derecho a la libertad personal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.
- GIMENO SENDRA, Vicente *et al.*: *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Madrid, Colex, 2007.
- GUTIÉRREZ MELLADO, Manuel: «El Ejército en la transición», transcripción parcial de la conferencia pronunciada durante los cursos de la Universidad Complutense en El Escorial, 1993, p. 7.
- LÓPEZ GUERRA, Luis *et al.*: *Derecho Constitucional. El Ordenamiento constitucional. Derechos y Deberes de los ciudadanos*, vol.n I, 4.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- MANZANO SOUSA, Manuel: «Peticiónes o manifestaciones contrarias a la disciplina, falsas o sediciosas», *Comentarios a la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil*, tomo I, 2.^a ed., Madrid, SGT del Ministerio del Interior, 1996.
- MARTÍ SÁNCHEZ, José María: «Aspectos comunes y específicos de la asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas», *Revista Española de Derecho Militar* 67, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, enero-junio 1996.
- PASCUA MATEO, Fabio: «Los derechos de reunión y de manifestación del personal militar», *Revista Española de Derecho Militar* 84, 2004.
- PEÑARRUBIA IZA, Joaquín María: «Presupuestos constitucionales de la función militar», Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, *Cuaderno* 96, 2000.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel: «Los límites a los límites de los derechos fundamentales de los militares», *Boletín de Información* 278, Ministerio de Defensa, 2003.

- SALVADOR MARTÍNEZ, María: *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *Derecho de la Función Pública*, 2.^a ed., Madrid, Tecnos, 1997.
- SERRANO ALBERCA, José Manuel: «La protección de las libertades públicas del militar», *Revista de Administración Pública* 103, 1984.
- SORIN, Katia *et al.*: *Las mujeres militares en Occidente, enseñanzas para Francia, Alemania, Canadá, España, Países Bajos, Reino Unido*, Centro de Estudios Sociales de la Defensa del Ministerio de Defensa francés, primer trimestre de 2005.
- SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo: «Veinticinco años de Constitución y Fuerzas Armadas», *Revista de Derecho Político* 58-59, 2003-2004.
- TRILLO-FIGUEROA MARTÍNEZ-CONDE, Federico: «Las Fuerzas Armadas en la Constitución española», *Revista de Estudios Políticos* 12, 1979.
- Ordenanzas de S. M. para el Régimen, Disciplina, Subordinación y Servicio de sus Ejércitos*, tomo I, Madrid, 1768.
- Jurisprudencia de los Tribunales, esencialmente de la Sala V del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.
- Informes del Consejo General del Poder Judicial. www.congreso.es

TEXTOS

DOCUMENTACIÓN

**LOS DELITOS CONTRA LOS DEBERES DEL SERVICIO:
ALGUNAS NOTAS DEDUCIDAS DE LA COMPARACIÓN DEL
DEROGADO CÓDIGO PENAL MILITAR DE 1985 CON EL
VIGENTE DE 2015**

Eduardo Reigadas Lavandero
General auditor

NOTA ACLARATORIA

El presente trabajo que por la *Revista Española de Derecho Militar* se me ha solicitado para su publicación, constituye en esencia la ponencia que por mí, el general auditor Eduardo Reigadas Lavandero, fue presentada en las Jornadas de Especialistas en la Jurisdicción Militar celebradas los días 1 y 2 de febrero de 2016 en la sede de la Fiscalía General del Estado.

La referida ponencia, que me fue asignada, tuvo lugar el día 2 de febrero y llevaba el título genérico de «Los delitos contra los deberes del servicio».

La amplitud del tema a desarrollar y la novedad que representaba el nuevo Código llevó a este ponente a optar, como modo de exposición, por la utilización de un método cuasi escolar, alejado de planteamientos dogmáticos y eminentemente práctico. Método consistente en la elaboración de una comparativa —*collatio legum*, que dirían los romanos—, circunscrita a los títulos VI y IV de los respectivos códigos penales militares, relativos ambos a los delitos contra los deberes del servicio.

Para ello se elaboró, a doble columna, un documento en el que apareciesen enfrentados uno y otro cuerpo normativo, el derogado y el que lo venía a sustituir. Tratando de resaltar, mediante la proyección en pantalla

del citado documento, lo que se diferenciaban el uno del otro. Cuidando de señalar en la columna del nuevo Código la procedencia de cada uno de los artículos, cuando estos provenían de la redacción anterior, al ser muy frecuente el hecho de que en los artículos del nuevo código apareciesen fundidos dos o más preceptos provenientes del código derogado. Por otro lado, se resaltaban en rojo aquellos términos o expresiones que se introducían como novedad o que modificaban la anterior redacción, siendo muy frecuente esta circunstancia, sobre todo, en relación con las penas aplicables a los distintos delitos.

Por lo demás, esa amplitud anteriormente referida de la materia a desarrollar fue el motivo de que en la exposición de la ponencia, y dejando que cada uno de los asistentes sacase sus propias conclusiones mediante la comparación de los textos presentados paralelamente en la pantalla, se optase por la realización de unos muy breves comentarios o escolios (hasta 72) que, a modo de notas a pie de página, aparecían diseminados a lo largo de la columna de la derecha dedicada al nuevo texto. Comentarios que eran unos, los menos, aclaratorios de la propia sistemática utilizada, y otros dedicados a destacar algunos aspectos llamativos o dignos de reflexión, aunque esta fuese siempre mínima.

Pues bien, el trabajo que a esta *Revista* se remite no es otra cosa que la referida ponencia, respetando el formato y estructura que aquella presentaba, añadiéndose únicamente ahora la transcripción completa, a doble columna, de la totalidad de las partes especiales de ambos códigos, bien que —y se insiste en ello— lo fundamental de aquel trabajo, que eran las observaciones en forma de notas, siguen estando referidas exclusivamente al título IV del nuevo Código Penal Militar, que trata de los «Delitos contra los deberes del servicio».

ÍNDICE DE LOS DISTINTOS TÍTULOS DE LA PARTE ESPECIAL (LIBRO II) DE LOS RESPECTIVOS CÓDIGOS PENALES MILITARES DE 1985 Y 2015

LIBRO II CPM 1985	LIBRO II CPM 2015
TÍTULO I. Delitos contra la seguridad nacional y defensa nacional	TÍTULO I. Delitos contra la seguridad y defensa nacionales
TÍTULO II. Delitos contra las Leyes y usos de la guerra (Vid. Art. 9.2 a CPM 2015)	TÍTULO II. Delitos contra la disciplina
TÍTULO III. Delito de rebelión en tiempo de guerra (Vid. Art. 9.2 a CPM 2015)	TÍTULO III. Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas de los militares
TÍTULO IV. Delitos contra la Nación española y contra la Institución militar (Vid. Capítulos VII y VIII del Tit. I Libro II CPM 2015)	TÍTULO IV. Delitos contra los deberes del servicio
TÍTULO V. Delitos contra la disciplina	TÍTULO V. Delitos contra el Patrimonio en el ámbito militar
TÍTULO VI. Delitos contra los deberes del servicio	
TÍTULO VII. Delitos contra los deberes del servicio relacionados con la navegación	
TÍTULO VIII. Delitos contra la Administración de la Justicia Militar	
TÍTULO IX. Delitos contra la hacienda en el ámbito militar	

ÍNDICE DE LOS DISTINTOS CAPÍTULOS DE LOS ANTERIORES TÍTULOS

CPM 1985	CPM 2015
<p>TÍTULO I. Delitos contra la seguridad nacional y defensa nacional</p> <p>CAPÍTULO I. Traición militar (Arts. 49 a 51)</p> <p>CAPÍTULO II. Espionaje militar (Art. 52)</p> <p>CAPÍTULO III. Revelación de secretos o informaciones relativas a la seguridad nacional y defensa nacional (Arts. 53 a 56)</p> <p>CAPÍTULO IV. atentados contra los medios o recursos de la defensa nacional (Arts. 57 a 62)</p> <p>CAPÍTULO V. Desobediencia a bandos militares en tiempo de guerra o estado de sitio (Art. 63)</p> <p>CAPÍTULO VI. Derrotismo (Art. 64)</p> <p>CAPÍTULO VII. Disposiciones comunes (Arts. 65 a 68)</p>	<p>TÍTULO I. Delitos contra la seguridad y defensa nacionales</p> <p>CAPÍTULO I. Traición militar (Art. 24)</p> <p>CAPÍTULO II. Espionaje militar (Art. 25)</p> <p>CAPÍTULO III. Revelación de secretos o informaciones relativas a la seguridad y defensa nacionales (Art. 26)</p> <p>CAPÍTULO IV. Atentados contra los medios o recursos de la seguridad o defensa nacionales (Arts. 27 a 29)</p> <p>CAPÍTULO V. Incumplimiento de bandos militares en situación de conflicto armado o estado de sitio (Art. 30)</p> <p>CAPÍTULO VI. Disposiciones comunes a los capítulos anteriores (Arts. 31 a 33)</p> <p>CAPÍTULO VII. Delitos contra centinela, autoridad militar, fuerza armada o policía militar (Arts. 34 y 35)</p> <p>CAPÍTULO VIII. Ultrajes a España e injurias a la organización militar (Arts. 36 a 37)</p>
<p>TÍTULO V. Delitos contra la disciplina</p> <p>CAPÍTULO I. Sedición militar (Arts. 91 a 97)</p> <p>CAPÍTULO II. Insubordinación</p> <p>SECCIÓN 1. Insulto a superior (Arts. 98 a 101)</p> <p>SECCIÓN 2. Desobediencia (Art. 102)</p> <p>CAPÍTULO III. Abuso de autoridad (Art. 103 a 106)</p>	<p>TÍTULO II. Delitos contra la disciplina</p> <p>CAPÍTULO I. Sedición militar (Arts. 38 a 41)</p> <p>CAPÍTULO II. Insubordinación</p> <p>SECCIÓN 1. Insulto a superior (Arts. 42 a 43)</p> <p>SECCIÓN 2. Desobediencia (Art. 44)</p> <p>CAPÍTULO III. Abuso de autoridad (Art. 45 a 48)</p>
	<p>TÍTULO III. Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares (Es de nueva creación)</p>
<p>TÍTULO VI. Delitos contra los deberes del servicio (Constaba de 59 arts.)</p>	<p>TÍTULO IV. ⁽¹⁾ Delitos contra los deberes del servicio (Ahora consta de 29 arts.)</p>

¹ 1. La razón de que este título, siendo el VI en el CPM de 1985, pase ahora a ser el IV, obedece a la desaparición de los anteriores Título II «Delitos contra las leyes y usos de la Guerra», Título III «Delito de rebelión en tiempo de guerra» y Título IV «Delitos contra la Nación española y contra la Institución Militar» (estos últimos pasan al nuevo título I)

CPM 1985	CPM 2015
CAPÍTULO I. Cobardía (Arts. 107 a 114)	CAPÍTULO I. Cobardía (Arts. 51 a 54)
CAPÍTULO II. Deslealtad (Arts. 115 a 118)	CAPÍTULO II. Deslealtad (Art. 55)
CAPÍTULO III. Delitos contra el deber de presencia	CAPÍTULO III. Delitos contra el deber de presencia y de prestación del servicio
SECCIÓN 1. Abandono de destino o residencia (Arts. 119 y 119 bis)	SECCIÓN 1. Abandono de destino o residencia (Art. 56)
SECCIÓN 2. Deserción (Art. 120)	SECCIÓN 2. Deserción (Art. 57)
SECCIÓN 3. Quebrantamientos especiales del deber de presencia (Art. 121-124)	SECCIÓN 3. Quebrantamientos especiales del deber de presencia (Art. 58)
SECCIÓN 4. Inutilización voluntaria y simulación para eximirse del servicio militar y negativa a cumplirlo (Art. 125-128)	SECCIÓN 4. Inutilización voluntaria y simulación para eximirse del servicio (Art. 59)
3CAPÍTULO IV. Delitos contra los deberes inherentes al mando	CAPÍTULO IV. Delitos contra los deberes del mando
SECCIÓN 1. Incumplimiento de deberes inherentes al mando (Art. 130-137)	SECCIÓN 1. Incumplimiento de deberes inherentes al mando (Arts. 61-64)
SECCIÓN 2. Extralimitaciones en el ejercicio del mando (Art. 138-142)	SECCIÓN 2. Extralimitaciones en el ejercicio del mando (Arts. 65-66)
SECCIÓN 3. Usurpación y prolongación de atribuciones (Art. 143)	
CAPÍTULO V. Delitos de quebrantamiento de servicio	CAPÍTULO V. Delitos de quebrantamiento de servicio

La desaparición de esos tres títulos convertiría en Título III a este que es objeto de nuestro estudio, sin embargo ello no es así, por la inclusión de un nuevo título dedicado a los «Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas de los militares», que se coloca como tercero, siendo por tanto el IV el de los Delitos contra los deberes del Servicio.

Este título de los «Delitos contra los deberes del servicio» es sin duda el más largo de todo el código, como ya lo era en el CPM de 1985, y eso que en aquel los deberes contra el servicio relacionados con la navegación estaban desgajados en un capítulo aparte. Hoy estos delitos contra los deberes de la navegación han desaparecido en su mayor parte del articulado, dejando de constituir título aparte.

Agrupar un total de 29 artículos que representan un 47,5% del total de artículos (61 arts.) con los que cuenta la Parte especial (Libro II) de este nuevo Código Penal. Ello lo convierte, con diferencia, en el título más extenso, el que mayor número de delitos agrupa. Y nos da idea igualmente de la muy poco equilibrada distribución de los artículos, en relación con los títulos, de la que hace gala el nuevo CPM. Baste pensar para ello que el Título que le precede, el III, el de nuevo cuño, cuenta solo con dos artículos.

Por lo demás este Título IV mantiene la misma estructura que el correlativo título VI del derogado Código, conservando el mismo número de capítulos y casi el de secciones. Salvo los capítulos VI y VIII, el resto mantienen, con alguna muy pequeña diferencia, sus respectivas rúbricas.

CPM 1985	CPM 2015
SECCIÓN 1. Abandono de servicio (Arts. 144-145)	SECCIÓN 1. Abandono de servicio (Art. 67)
SECCIÓN 2. Delitos contra los deberes del centinela (Arts. 146-147)	SECCIÓN 2. Delitos contra los deberes del centinela (Arts. 68-69)
SECCIÓN 3. Embriaguez en acto de servicio (Art. 148)	SECCIÓN 3. Embriaguez e intoxicación por drogas tóxicas en actos de servicio (Art. 70)
CAPÍTULO VI. Delitos de denegación de auxilio (Arts. 149-154)	CAPÍTULO VI. Delitos de omisión del deber de socorro (Arts. 71-72)
CAPÍTULO VII. Delitos contra la eficacia del servicio (Arts. 155-161)	CAPÍTULO VII. Delitos contra la eficacia del servicio (Arts. 73-78)
CAPÍTULO VIII. Delitos contra el decoro militar (Arts. 162-164)	CAPÍTULO VIII. Delitos contra otros deberes del servicio (Arts. 79-80)

TEXTO COMPARATIVO A DOBLE COLUMNA DE LA PARTE ESPECIAL DE LOS CÓDIGOS PENALES MILITARES DE 1985 Y 2015

CPM 1985	CPM 2015
TÍTULO I Delitos contra la seguridad nacional y defensa nacional	TÍTULO I. Delitos contra la seguridad y defensa nacionales
CAPÍTULO I. TRAICIÓN MILITAR (Arts. 49 a 51)	CAPÍTULO I. TRAICIÓN MILITAR
Artículo 49 Será castigado con la pena de prisión de veinte a veinticinco años, el militar que: 1.º Indujere a una potencia extranjera a declarar la guerra a España o se concertase con ella para el mismo fin. 2.º Tomare las armas contra la Patria bajo banderas enemigas.	Artículo 24 Con independencia de lo previsto en el Código Penal para el delito de traición, será castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años, el militar que, con el propósito de favorecer al enemigo: 1.º *Ejerciere coacción sobre el que ostenta el mando de una fuerza, buque o aeronave, para capitular, rendirse, demorar el combate o iniciar la retirada. (Art. 49.4º) 2.º *Se fugare de sus filas con el ánimo de incorporarse al enemigo. (Art. 49.3º)

CPM 1985	CPM 2015
<p>3.º Con el propósito de favorecer al enemigo le entregase plaza, puesto, establecimiento, instalación, buque, aeronave, fuerza a sus órdenes u otros recursos humanos o materiales de guerra o combate.</p> <p>4.º En plaza o puesto sitiado o bloqueado, buque o aeronave o en campaña, ejerciere coacción, promoviere complot o sedujere fuerza para obligar a quien ejerce el mando a rendirse, capitular o retirarse.</p> <p>5.º Sedujese tropa española o al servicio de España para que se pasen a filas enemigas o reclutare gente para hacer la guerra a España bajo banderas enemigas.</p> <p>6.º Se fugare de sus filas con propósito de incorporarse al enemigo.</p> <p>7.º Con el propósito de favorecer al enemigo, ejecutare actos de sabotaje o, de cualquier otro modo efectivo, entorpeciere gravemente las operaciones bélicas.</p> <p>8.º Propalare o difundiere noticias desmoralizadoras o realizare cualesquiera otros actos derrotistas, con la intención manifiesta de favorecer al enemigo.</p> <p>9.º Con el ánimo de favorecer al enemigo, causare grave quebranto a los recursos económicos o a los medios y recursos afectos a la defensa militar.</p> <p>10.º De cualquiera otra forma, colaborase con el enemigo, prestándole un servicio con el propósito de favorecer el progreso de sus armas.</p>	<p>3.º *Propalare o difundiere noticias desmoralizadoras o *realizare cualesquiera otros actos derrotistas. (Art. 49.8º)</p> <p>4.º Ejecutare actos de sabotaje, dificultare las operaciones bélicas o de cualquier otro modo efectivo causare quebranto a los medios o recursos afectos a la defensa militar. (Art. 49.7º)</p>
<p>Artículo 51</p> <p>El militar que, teniendo conocimiento de que se trata de cometer alguno de los delitos previstos en este capítulo, noempleare los medios a su alcance para evitarlo será castigado con la pena de cinco a quince años de prisión.</p>	

CPM 1985	CPM 2015
<p>CAPÍTULO II. Espionaje militar</p> <p>Artículo 52 El extranjero que, en tiempo de guerra, se procurare, difundiera, falseare o inutilizare información clasificada o de interés militar susceptible de perjudicar a la seguridad nacional o a la defensa nacional, o de los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o las industrias de interés militar, o la revelase a potencia extranjera, asociación u organismo internacional, será castigado, como espía, a la pena de quince a veinticinco años de prisión.</p> <p>La tentativa se castigará con las mismas penas privativas de libertad establecidas para el delito consumado.</p>	<p>CAPÍTULO II. Espionaje militar</p> <p>Artículo 25 El extranjero que, en situación de conflicto armado, se *procurare, *difundiera, *falseare o *inutilizare información clasificada como reservada o secreta o de interés militar susceptible de perjudicar a la seguridad o a la defensa nacionales, o de los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o la Guardia Civil o las industrias de interés militar, o la revelase a potencia extranjera, asociación u organismo internacional, será castigado, como espía, a la pena de diez a veinte años de prisión.</p> <p>El militar español que cometiere este delito será considerado autor de un delito de traición militar y castigado con la pena prevista en el artículo anterior. (Art. 50)</p>
<p>CAPÍTULO III. Revelación de secretos o informaciones relativas a la seguridad nacional y defensa nacional</p> <p>Artículo 53 El militar que, sin propósito de favorecer a una potencia extranjera, asociación u organismo internacional, se procurare, revelar, falseare o inutilizare información legalmente clasificada relativa a la seguridad nacional o defensa nacional, a los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o relativa a industrias de interés militar, será castigado con la pena de tres a diez años de prisión. Si la información no estuviese legalmente clasificada se impondrá la pena de uno a seis años de prisión.</p>	<p>CAPÍTULO III. Revelación de secretos o informaciones relativas a la seguridad y defensa nacionales</p> <p>Artículo 26 El militar que cometiere cualquiera de los delitos previstos en los artículos 277 o 598 a 603 del Código Penal será castigado con la pena establecida en el mismo incrementada en un quinto de su límite máximo. En situación de conflicto armado o estado de sitio se impondrá la pena superior en uno o dos grados.</p>

CPM 1985	CPM 2015
<p>El español que en tiempo de guerra cometiera estos delitos incurrirá en la pena de cinco a veinte años de prisión.</p> <p>Artículo 54</p> <p>Las penas establecidas en el artículo anterior se aplicarán en su mitad superior cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:</p> <p>1.º Que el sujeto activo sea depositario o conocedor del secreto o información por razón de su cargo o destino.</p> <p>2.º Que la revelación consistiera en dar publicidad al secreto o información en algún medio de comunicación social o de forma que asegure su difusión.</p> <p>Artículo 55</p> <p>El militar que tuviera en su poder, fuera de las condiciones fijadas en la legislación vigente, objetos, documentos o información clasificada relativos a la defensa nacional, será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión.</p> <p>Con las mismas penas será castigado el militar que, sin autorización expresa y por cualquier medio, reprodujera planos o documentación referente a zonas, instalaciones o material militar que sean de acceso restringido o reservado por su relación con la seguridad o la defensa nacional.</p> <p>Al español que en tiempo de guerra cometiera estos delitos se le impondrá la pena de tres a diez años de prisión.</p> <p>Artículo 56</p> <p>El militar que, por razón de su cargo, comisión o servicio, tuviere en su poder o conociera oficialmente documentos, objetos o información legalmente clasificada o relativa a la seguridad</p>	

CPM 1985	CPM 2015
<p>o defensa nacional, y por imprudencia diera lugar a que sea conocida por persona no autorizada o fuera divulgada, publicada o inutilizada, será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión.</p> <p>Al español que en tiempo de guerra cometiera este delito se le impondrá la pena de prisión de uno a seis años.</p> <p>CAPÍTULO IV. Atentados contra los medios o recursos de la defensa nacional</p> <p>Artículo 57 El que, en tiempo de guerra, intencionadamente destruyere, dañare o inutilizare para el servicio, aun de forma temporal, obras, establecimientos o instalaciones militares, buques, aeronaves, medios de transporte o transmisiones, vías de comunicación, material de guerra, aprovisionamiento u otros medios o recursos de la defensa nacional, será castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años.</p> <p>Artículo 58 El militar que, en tiempo de paz, intencionadamente destruyere, dañare de modo grave o inutilizare para el servicio, aun de forma temporal, obras, establecimientos o instalaciones militares, buques de guerra, aeronaves militares, medios de transportes o transmisiones militares, material de guerra, aprovisionamiento u otros medios o recursos afectados al servicio de las Fuerzas Armadas, será castigado con la pena de prisión de cinco a quince años. Si estos hechos fueren cometidos mediante incendio, explosión, naufragio, descarrilamiento,</p>	<p>CAPÍTULO IV. Atentados contra los medios o recursos de la seguridad o defensa nacionales</p> <p>Artículo 27 El militar que, con el propósito de atentar contra los medios o recursos de la seguridad o defensa nacionales, cometiere alguno de los delitos previstos en los artículos 264 a 266 o 346 del Código Penal será castigado con la pena prevista para dichos delitos incrementada en un quinto de su límite máximo. La misma pena se impondrá al que cometiere el delito tipificado en el artículo 346 del Código Penal, en situación de conflicto armado o estado de sitio, cuando no tenga la condición militar.</p>

CPM 1985	CPM 2015
<p>inundación, voladura, derrumbamiento o cualquier otro medio capaz de ocasionar graves estragos, comportaren un peligro para la vida o integridad de las personas o hubieren comprometido el potencial o capacidad bélica de la Nación, serán castigados con la pena de diez a veinticinco años de prisión.</p> <p>Artículo 59 El militar que denunciare falsamente la existencia, en lugar militar, de aparatos explosivos u otros similares o entorpeciere intencionalmente el transporte, aprovisionamiento, transmisiones o cualquier clase de misiones de los Ejércitos, será castigado con la pena de dos a ocho años de prisión. Al español, que en tiempo de guerra, cometiera este delito se le impondrá la pena de prisión de cinco a quince años.</p> <p>Artículo 60 El militar que destruyere, inutilizare, falseare o abriere sin autorización la correspondencia oficial o documentación legalmente clasificada relacionada con la Seguridad Nacional o la Defensa Nacional, será castigado con la pena de seis meses a seis años de prisión. En la misma pena incurrirá si tuviese en su poder sin autorización, documentos clasificados</p> <p>Artículo 61 El que allanare una base, acuartelamiento o establecimiento militar, o vulnerase las medidas de seguridad establecidas para su protección, será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión.</p>	<p>Artículo 28 (Art. 59) El militar que *denunciare falsamente la existencia, en lugares afectos a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil, de aparatos explosivos u otros similares o *entorpeciere intencionadamente el transporte, aprovisionamiento, transmisiones o cualquier clase de misión militar, será castigado con la pena de seis meses a seis años de prisión. Se impondrá la pena superior en grado al que, en situación de conflicto armado o estado de sitio, cometiere este delito.</p> <p>Artículo 29 (Art. 61) El que *penetrare o *permaneciere en un centro, dependencia o establecimiento militar contra la voluntad expresa o tácita de su jefe, o *vulnerare las medidas de seguridad establecidas para la protección de aquellos,</p>

CPM 1985	CPM 2015
<p>Artículo 62 Cuando los delitos de este capítulo fueren cometidos por imprudencia serán castigados con la pena inferior en grado a la señalada en cada caso</p>	<p>será castigado con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión.</p>
<p>CAPÍTULO V. Desobediencia a bandos militares en tiempo de guerra o estado de sitio</p>	<p>CAPÍTULO V. Incumplimiento de bandos militares en situación de conflicto armado o estado de sitio</p>
<p>Artículo 63 El que se negare a obedecer o no cumplieren las prescripciones u órdenes contenidas en los Bandos que, de conformidad con la Constitución y las leyes, dicten las autoridades militares en tiempo de guerra o estado de sitio será castigado con la pena de prisión de tres meses y un día a seis años o con la de confinamiento o destierro, siempre que al hecho no le corresponda una pena superior con arreglo a las disposiciones de este Código.</p>	<p>Artículo 30 (Art. 63) El que se negare a cumplir o no cumplieren las prescripciones contenidas en los Bandos que dicten las Autoridades Militares en situación de conflicto armado o estado de sitio, será castigado con la pena de tres meses y un día a seis años de prisión.</p>
<p>CAPÍTULO VI. Derrotismo</p>	<p>CAPÍTULO VI. Disposiciones comunes a los capítulos anteriores</p>
<p>Artículo 64 El que, declarada o generalizada la guerra, con el fin de desacreditar la intervención de España en ella, realizare públicamente actos contra la misma o contra las Fuerzas Armadas españolas, será castigado con la pena de seis meses a seis años de prisión o con la de confinamiento o destierro. Con la misma pena será castigado el que en igual forma y circunstancias divulgare noticias o informaciones falsas con el fin de debilitar la moral de la población o de provocar la deslealtad o falta de espíritu entre los militares españoles:</p>	<p>Artículo 31 1. El militar que, teniendo conocimiento de que se trata de cometer alguno de los delitos de traición o espionaje, no empleare los medios a su alcance para evitarlo será castigado con la pena de cinco a quince años de prisión. Si no lo denunciare a sus superiores se impondrá la pena en su mitad inferior. 2. Quedarán exentos de pena quienes intervinieran en un delito de traición o espionaje, si lo denunciaren a tiempo de evitar su consumación. (Art. 67)</p>

CPM 1985	CPM 2015
<p>En ambos casos, si el culpable fuere militar se impondrá la pena en su mitad superior. La defensa de soluciones pacíficas a los conflictos no será considerada derrotismo bélico a los efectos de este artículo.</p> <p>CAPÍTULO VII. Disposiciones comunes</p> <p>Artículo 65 El que en tiempo de guerra cometiere alguno de los delitos expresados en este título contra Potencia aliada será castigado con las penas señaladas a los mismos o con pena inferior en grado.</p> <p>Artículo 66 La conspiración, la proposición y la provocación para cometer los delitos de este título, la apología de los mismos o de sus autores y los actos de auxilio serán castigados con la pena inferior en grado a las respectivamente señaladas.</p>	<p>Artículo 32 (Art. 65) 1. Las penas establecidas para los delitos previstos en los Capítulos I al V de este Título o las penas inferiores en grado, se impondrán cuando también se cometieren contra Potencia aliada. . A efectos de este Código se entenderá que Potencia aliada es todo Estado u Organización Internacional con los que España se halle unida por un Tratado o alianza militar o de defensa, así como cualquier otro Estado u Organización Internacional que tome parte en un conflicto armado contra un enemigo común, coopere en una operación armada o participe en una operación internacional coercitiva o de paz de acuerdo con el ordenamiento internacional, en las que tome parte España. (Art. 13)</p> <p>Artículo 33 (Art. 66) La conspiración, la proposición y la provocación para cometer los delitos previstos en los Capítulos I al V de este Título serán castigadas con la pena inferior en grado a las respectivamente señaladas.</p> <p>CAPÍTULO VII. Delitos contra centinela, autoridad militar, fuerza armada o policía militar</p> <p>Artículo 34 (Art. 85) El que *desobedeciere o *hiciera resistencia</p>

CPM 1985	CPM 2015
	<p>a órdenes de centinela será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. Si le *maltratare de obra será castigado con la pena de cuatro meses a tres años de prisión, sin perjuicio de la pena que pueda corresponder por los resultados lesivos producidos conforme al Código Penal.</p> <p>Se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente señaladas en el párrafo anterior cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none">1. Si el hecho se verifica con armas u otro medio peligroso.2. Si la acción se ejecuta en situación de conflicto armado, estado de sitio o en el curso de una operación internacional coercitiva o de paz. <p>Artículo 35</p> <ol style="list-style-type: none">1. El militar que cometiere alguno de los delitos previstos en los artículos 550 a 556 del Código Penal, contra autoridad militar, fuerza armada o policía militar, en sus funciones de agentes de la autoridad, será castigado con las penas allí previstas, cuyo límite máximo se incrementará en un quinto, salvo cuando la condición de autoridad o funcional del sujeto activo de la infracción penal ya haya sido tenido en cuenta por la ley al describir o sancionar el delito. Todo ello sin perjuicio de la aplicación del artículo 21 del presente Código.2. El que, en situación de conflicto armado, estado de sitio o en el curso de una operación internacional coercitiva o de paz, cometiere estos delitos será castigado con las penas superiores en grado a las respectivamente señaladas en el Código Penal.3. A los efectos de este Código, se entenderá que son fuerza armada los militares que, vistiendo uniforme, presten un servicio

CPM 1985	CPM 2015
	<p>reglamentariamente ordenado que legalmente esté encomendado a las Fuerzas Armadas y, en el caso de la Guardia Civil, que no sea encuadrable en el ejercicio de funciones de naturaleza policial y, en todo caso, en situación de conflicto armado, en estado de sitio o cuando se encuentren integrados en unidades de las Fuerzas Armadas. (Art. 10)</p> <p>CAPÍTULO VIII. Ultrajes a España e injurias a la organización militar</p> <p>Artículo 36 El militar que ofendiere o ultrajare a España, su Bandera, Himno o alguno de sus símbolos o emblemas, a la Constitución o al Rey, será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión. Cuando el delito fuere cometido con publicidad, ante una concurrencia de personas o en situación de conflicto armado o estado de sitio se impondrá la pena incrementada en un quinto de su límite máximo. En todo caso se podrá imponer, además, la pena de pérdida de empleo. (Art. 89.1º)</p> <p>El militar que ofendiere o ultrajare a las insignias o emblemas militares será castigado con la pena de tres meses y un día a un año de prisión. (Art. 89.2º)</p> <p>Artículo 37 (Art. 90) El militar que injuriare a las Fuerzas Armadas, Guardia Civil, Instituciones o Cuerpos determinados de los mismos será castigado con la pena de tres meses y un día a un año de prisión. Se impondrá la pena incrementada en un quinto de su límite máximo cuando el delito fuere cometido con publicidad, ante una concurrencia de personas o en situación de conflicto armado o estado de sitio.</p>

CPM 1985	CPM 2015
<p>TÍTULO V Delitos contra la disciplina</p> <p>CAPÍTULO I. SEDICIÓN MILITAR</p> <p>Artículo 91 Los militares que, mediante concierto expreso o tácito, en número de cuatro o más o que, sin llegar a este número, constituyan al menos la mitad de una fuerza, dotación o tripulación, rehusaren obedecer las órdenes legítimas recibidas, incumplieren los demás deberes del servicio o amenazaren, ofendieren o ultrajaren a un superior, serán castigados con la pena de uno a diez años de prisión, cuando se trate de los meros ejecutores, y con la de dos a quince cuando se trate de los promotores, del cabecilla que se ponga al frente de la sedición y, en todos los casos, si se trata de oficiales o de suboficiales.</p> <p>Si le causare la muerte o lesiones al menos graves a un superior, se impondrá la pena de quince a veinticinco años de prisión a los promotores y demás responsables aludidos en el párrafo anterior, y de diez a veinticinco años a los meros ejecutores.</p>	<p>TÍTULO II Delitos contra la disciplina</p> <p>CAPÍTULO I. SEDICIÓN MILITAR</p> <p>Artículo 38 (Art. 91) Los militares que, mediante concierto expreso o tácito, en número de cuatro o más o que, sin llegar a este número, constituyan al menos la mitad de una fuerza, dotación o tripulación, <u>*se negaren a obedecer</u> o <u>*no cumplieren</u> las órdenes legítimas recibidas, <u>*incumplieren los demás deberes</u> del servicio o <u>*amenazaren</u>, <u>*ofendieren</u> o <u>*ultrajaren a un superior</u>, serán castigados con la pena de dos a quince años de prisión cuando se trate de los que hubieren inducido, sostenido o dirigido la sedición, del cabecilla que se ponga al frente o, en todo caso, si se trata de suboficiales o militares de categoría superior, y con la pena de uno a diez años de prisión cuando se trate de los meros ejecutores. Se impondrá, además, la pena de pérdida de empleo.</p> <p>Se impondrán las penas señaladas en el párrafo anterior, incrementadas en un quinto de su límite máximo, cuando concurren alguna de las circunstancias siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.º Que los hechos tuvieron lugar frente al enemigo, rebeldes o sediciosos, o en circunstancias críticas. 2.º Que se hubieren esgrimido armas. 3.º Que se hubiere maltratado de obra a superior, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por los resultados lesivos producidos conforme al Código Penal.

CPM 1985	CPM 2015
<p>Artículo 92</p> <p>Se considerarán también reos de sedición militar los militares que, en número de cuatro o más, *hicieren reclamaciones o peticiones colectivas en tumulto, con las armas en la mano o con publicidad. En tales casos, se impondrá la pena de prisión de uno a seis años a los meros ejecutores y la de dos a ocho años a los promotores, al cabecilla y a los oficiales y suboficiales que intervinieren.</p> <p>Las demás reclamaciones o peticiones colectivas, así como las reuniones clandestinas para ocuparse de asuntos del servicio, serán castigadas con la pena de tres meses y un día a un año de prisión; sin embargo, podrán corregirse en vía disciplinaria, si la trascendencia fuera mínima.</p>	<p>Artículo 39 (Art. 92)</p> <p>Los militares que, en número de cuatro o más, *hicieren reclamaciones o peticiones colectivas en tumulto o portando armas, serán castigados con la pena de uno a seis años de prisión, cuando se trate de quienes hubieren inducido, sostenido o dirigido la sedición, del cabecilla que se ponga al frente o, en todo caso, de los suboficiales o militares de categoría superior que intervinieren, y con la pena de seis meses a cuatro años de prisión cuando se trate de los meros ejecutores. Se podrá imponer, además, la pena de pérdida de empleo. (Art. 97)</p> <p>Las demás reclamaciones o peticiones colectivas, así como las reuniones clandestinas para ocuparse de asuntos del servicio, si pusieran en grave riesgo el mantenimiento de la disciplina, serán castigadas con la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión; pudiendo, en otro caso, sancionarse en vía disciplinaria militar.</p>
<p>Artículo 93</p> <p>Si los sediciosos depusieren su actitud a la primera intimación o antes de ella, serán castigados con la pena inferior a la correspondiente a su delito, salvo los que hubieran agredido a un superior.</p>	<p>Artículo 40 (Art. 93)</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Si los sediciosos depusieren su actitud a la primera intimación o antes de ella serán castigados con la pena inferior en grado a la correspondiente al delito cometido. 2. La provocación, la conspiración y la proposición para la ejecución de los delitos previstos en este Capítulo se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que correspondería a los mismos. (Art. 94)
<p>Artículo 94</p> <p>La conspiración y proposición para cometer el delito de sedición militar serán castigadas con la pena inferior a la respectivamente establecida para el tipo de delito de que se trate.</p>	

CPM 1985	CPM 2015
<p>Artículo 95 El que en tiempo de guerra, de palabra, por escrito, impreso u otro modo de posible eficacia, incitare a militares a cometer el delito de sedición militar, a las tropas a comportarse con indisciplina, o al incumplimiento de deberes militares o hiciera apología de la sedición militar o de los sediciosos será castigado con la pena de seis meses a seis años de prisión. El militar que en tiempo de paz cometa este delito será castigado con la pena de tres meses y un día a seis años.</p> <p>Artículo 96 El militar que no adoptase las medidas necesarias o no empleare los medios racionales a su alcance para contener la sedición en las fuerzas de su mando o que, teniendo conocimiento de que se trata de cometer este delito, no lo denunciare a sus superiores será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años o con la pérdida de empleo.</p> <p>Artículo 97 En los delitos comprendidos en los artículos 91, 92 (párrafo primero) y 95, así como la conspiración y proposición para su comisión, se impondrá, además, la pena de pérdida de empleo.</p>	<p>Artículo 41 (Art. 96) El militar que no adoptase las medidas necesarias o no empleare los medios racionales a su alcance para contener la sedición en las fuerzas a su mando será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo. Si, teniendo conocimiento de que se trata de cometer este delito, no lo denunciare a sus superiores, se impondrá la pena de prisión en su mitad inferior.</p>
<p>CAPÍTULO II INSUBORDINACIÓN SECCIÓN 1. Insulto a superior</p> <p>Artículo 98 El militar que, hallándose frente al enemigo, rebeldes o sediciosos o en situación peligrosa para la seguridad del buque o aeronave, <u>*maltratate de obra a un superior</u> será castigado con la pena de quince a veinticinco años de prisión.</p>	<p>CAPÍTULO II INSUBORDINACIÓN Sección 1.ª Insulto a superior</p> <p>Artículo 42 (Arts. 98, 99) 1. El militar que <u>*maltratate de obra a un superior</u> o <u>*atentare contra su libertad o indemnidad sexuales</u>, será castigado con la pena de seis meses a cinco años de prisión, (Art. 99.3) pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo y sin perjuicio de la</p>

CPM 1985	CPM 2015
<p>La misma pena se impondrá al militar que, en tiempo de guerra, <u>*maltratare de obra a un superior</u> causándole la muerte o lesiones muy graves, si el hecho se ejecutare en acto de servicio o con ocasión de éste.</p> <p>Artículo 99 Fuera de los casos previstos en el artículo anterior, el militar que <u>*maltratare de obra a un superior</u> será castigado:</p> <p>1.º Con la pena de quince a veinticinco años de prisión, si resultare la muerte del superior. 2.º Con la de cinco a quince años de prisión, si le causare lesiones graves. 3.º Con la de tres meses y un día a cinco años de prisión en los demás casos.</p> <p>Artículo 100 El militar que <u>*pusiere mano a un arma ofensiva o *ejecutare actos o demostraciones con tendencia a maltratar de obra a un superior</u> será castigado:</p> <p>1.º Con la pena de tres a diez años de prisión, si el hecho fuere ejecutado en los supuestos del párrafo primero del artículo 98. 2.º Con la de tres meses y un día a tres años de prisión, en los demás casos.</p> <p>rtículo 101 El militar que, sin incurrir en los delitos previstos en los artículos anteriores, <u>*coaccionare, *amenazare o *injuriare en su presencia, por escrito o con publicidad</u> a un superior será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.</p>	<p>las agresiones y otros atentados contra la libertad o indemnidad sexuales efectivamente cometidos, conforme al Código Penal.</p> <p>2. Se impondrá la pena de diez a veinte años de prisión, siempre que el hecho se produzca:</p> <p>1.º En situación de conflicto armado o estado de sitio, y se ejecutare en acto de servicio o con ocasión de este. (Art. 98.2) 2.º Frente al enemigo, rebeldes o sediciosos, o en circunstancias críticas. (Art. 98.1) 3. Las penas señaladas se impondrán en su mitad inferior al militar que <u>*pusiere mano a un arma o *ejecutare actos o demostraciones con tendencia a maltratar de obra a un superior</u>. (Art. 100)</p> <p>Artículo 43. (Art. 101) El militar que, sin incurrir en los delitos previstos en el artículo anterior, <u>*coaccionare, *amenazare, *calumniare o *injuriare gravemente</u> a un superior, en su presencia o ante una concurrencia de personas, por escrito o con publicidad, será castigado con la pena de seis meses a tres años de prisión. Cuando no concurrieren estas circunstancias se impondrá la pena en su mitad inferior.</p>

CPM 1985	CPM 2015
<p style="text-align: center;">Sección 2ª Desobediencia</p> <p>Artículo 102 El militar que se <u>*negare a obedecer o *no cumpliere las órdenes legítimas de sus superiores relativas al servicio</u> que le corresponde será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. Si se tratare de órdenes relativas al servicio de armas, se impondrá la pena de seis meses a seis años de prisión. Si la desobediencia consistiera en rehusar permanentemente el cumplimiento de las obligaciones militares, se impondrá la pena de dos años y cuatro meses a seis años de prisión y la pérdida de empleo. Este tercer párrafo introducido por Ley 13/1991 del Servicio Militar para castigar la insumisión sobrevenida. Ahora, desaparecido de facto, el servicio militar obligatorio se ha juzgado oportuno suprimirlo. Estos hechos, cometidos en tiempo de guerra, estado de sitio, frente a rebeldes o sediciosos o en situación peligrosa para la situación del buque o aeronave, serán castigados con la pena de diez a veinticinco años de prisión.</p>	<p style="text-align: center;">Sección 2.ª Desobediencia</p> <p>Artículo 44. (Art. 102) 1. El militar que se <u>*negare a obedecer o *no cumpliere las órdenes legítimas de sus superiores relativas al servicio</u> será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. Si se tratare de órdenes relativas al servicio de armas, se impondrá la pena de seis meses a seis años de prisión. 2. Cuando la desobediencia tenga lugar en situación de conflicto armado, estado de sitio, frente al enemigo, rebeldes o sediciosos, o en circunstancias críticas, se impondrá la pena de cinco a quince años de prisión. (Art. 102 pfo. 4º) 3. No obstante, en ningún caso incurrirán en responsabilidad criminal los militares por desobedecer una orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito, en particular contra la Constitución, o una infracción manifiesta, clara y terminante de una norma con rango de ley o del Derecho Internacional de los conflictos armados. 4. A los efectos del presente artículo se entenderá por superior a quien lo sea en la estructura orgánica u operativa, o a quien ejerza autoridad, mando o jurisdicción en virtud del cargo o función que desempeñe como titular o por sucesión reglamentaria.</p>
<p style="text-align: center;">CAPÍTULO III. ABUSO DE AUTORIDAD</p>	<p style="text-align: center;">CAPÍTULO III ABUSO DE AUTORIDAD</p>
<p>Artículo 103 El superior que, abusando de sus facultades de mando o de su posición en el servicio, <u>*irrogare un perjuicio grave al inferior, *le obligare a prestaciones ajenas al interés del servicio o *le impidiere arbitrariamente el ejercicio de algún derecho</u> será castigado con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión.</p>	<p>Artículo 45. (Art. 103) El superior que, abusando de sus facultades de mando o de su posición en el servicio, <u>*irrogare un perjuicio grave a un subordinado, *le obligare a prestaciones ajenas al interés del servicio o *le impidiere arbitrariamente el ejercicio de algún derecho</u> será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión.</p>

CPM 1985	CPM 2015
<p>Artículo 104 El superior que <u>*maltratare de obra</u> a un inferior será castigado con la pena de tres meses y un día a cinco años. Si causare a la persona objeto del maltrato lesiones graves, se impondrá la pena de cinco a quince años de prisión. Si le causare la muerte, se impondrá la pena de quince a veinticinco años.</p> <p>Artículo 105 Artículo 105 derogado por L.O. 13/1991, 20 diciembre (BOE 20 diciembre 1991), del Servicio Militar. <u>Ver nota 35</u></p> <p>Artículo 106 El superior que tratase a un inferior de manera degradante o inhumana será castigado con la pena de tres meses y un día a cinco años de prisión.</p>	<p>Artículo 46. (Art. 104) El superior que <u>*maltratare de obra</u> a un subordinado será castigado con la pena de seis meses a cinco años de prisión, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos conforme al Código Penal.</p> <p>Artículo 47. (Art. 106) El superior que <u>*tratase a un subordinado de manera degradante, inhumana o humillante, o *realizare actos de agresión o abuso sexuales,</u> será castigado con la pena de seis meses a cinco años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo, sin perjuicio de las que correspondan por los resultados lesivos producidos o las agresiones y otros atentados contra la libertad o indemnidad sexuales efectivamente cometidos, conforme al Código Penal.</p> <p>Artículo 48. (de nueva creación) El superior que, respecto de un subordinado, <u>*realizare actos de acoso tanto sexual y por razón de sexo como profesional, *le ame nazare, coaccionare, injuriare o calumniare, *atentare de modo grave contra su intimidad, dignidad personal o en el trabajo, o *realizare actos que supongan discriminación grave por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, orientación sexual, religión, convicciones, opinión, discapacidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o</u></p>

CPM 1985	CPM 2015
	<p>social, será castigado con la pena de seis meses a cuatro años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo.</p> <p>TÍTULO III (de nueva creación) Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares</p> <p>Artículo 49. El militar que, sin incurrir en los delitos de insulto a superior o abuso de autoridad, públicamente, en lugares afectos a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil o en acto de servicio, maltratare de obra a otro militar, le tratara de manera degradante, inhumana o humillante, o realizare actos de agresión o de abuso sexuales, será castigado con la pena de seis meses a tres años de prisión, sin perjuicio de las penas que le puedan corresponder por los resultados lesivos producidos o las agresiones y otros atentados contra la libertad o indemnidad sexuales efectivamente cometidos, conforme al Código Penal.</p> <p>Artículo 50. El militar que, sin incurrir en los delitos de insulto a superior o abuso de autoridad, públicamente, en lugares 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 libertades públicas, realizare actos de acoso tanto sexual y por razón de sexo como profesional, le amenazare o coaccionare, le injuriare gravemente o le calumniare, atentare de modo grave contra su intimidad, dignidad personal o en el trabajo, realizara actos que supongan grave discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo,</p>

CPM 1985	CPM 2015
	orientación sexual, religión, convicciones, opinión, discapacidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, será castigado con la pena de seis meses a dos años de prisión.
<p>TÍTULO VI Delitos contra los deberes del servicio CAPÍTULO I. COBARDIA</p> <p>Artículo 107 El militar que por cobardía *<u>abandonare</u> su puesto frente al enemigo, rebeldes o sediciosos será castigado con la pena de diez a veinticinco años de prisión y, si ejerciere</p>	<p>TÍTULO IV Delitos contra los deberes del servicio CAPÍTULO I. COBARDÍA (1)</p> <p>Artículo 51. (Art. 107, 108 y 109) (2) 1. El militar que por temor a un riesgo personal (3) *<u>rehusare permanecer o situarse</u> en su puesto, *<u>lo abandonare</u>, *<u>incumpliere la misión</u> encomendada o *<u>realizare (art. 109) actos sus</u></p>

¹ La cobardía es definida por el Diccionario de la RAE como «Falta de ánimo y valor», con lo que, sin gran esfuerzo interpretativo, podemos afirmar que el deber que se infringe en todos los tipos de este capítulo es aquel que incumbe a los militares «de ser valientes». La cobardía es, pues, la antítesis del *valor*, que constituye una de las virtudes del militar que, cuando menos, se le supone, y puede llegar a constituirse como un *deber*.

Efectivamente, en las antiguas cartillas militares de los soldados de reemplazo, en su apartado 12 referido al «Concepto que ha merecido a sus jefes», estos calificaban al soldado que se licenciaba y en la casilla correspondiente al valor se solía anotar «Se le supone» Y ello salvo que hubiese tenido oportunidad de demostrarlo, en cuyo caso en el apartado valor se hacía constar la palabra «Acreditado».

La propia existencia de este delito llevó a la Sala V, en una ya muy lejana sentencia de fecha 18-9-1996, dictada en un disciplinario, a afirmar que, para los militares, la apreciación del «miedo insuperable» era descartable, bien con carácter exculpatorio o atenuatorio, pues a ellos se les exige afrontar el peligro y superar el miedo, con el fin de cumplir aquellos de sus deberes cuya naturaleza así lo exija. Doctrina esta que contaba con algún precedente contrario y que a partir de la sentencia de 17-11-2000 queda ya totalmente superada, siendo la exigente de miedo insuperable de aplicación por los tribunales militares.

La cobardía, como falta de valor o arrojo, impropia de un militar, se manifiesta fundamentalmente en aquellas situaciones de especial riesgo, como son las que aparecen en la mayor parte de los tipos de este capítulo. Así: en situación de «conflicto armado» (antes «tiempo de guerra»), «frente al enemigo, rebeldes o sediciosos», «en estado de sitio» «en circunstancias críticas», «en combate». Ello explica que estos tipos de cobardía, en el periodo de vigencia del derogado CPM 1985, no se hayan llegado —por fortuna— a aplicar, y de ahí que no contemos con jurisprudencia relativa a los mismos.

² El artículo 51, en ese afán de reducir el número de preceptos del nuevo Código, aglutina las conductas que en el CPM de 1985 venían recogidas en los arts. 107, 108 y 109, cuyos verbos típicos eran: *abandonar el puesto, *rehusar permanecer o situarse en el puesto, *incumplir la misión encomendada y *realizar actos demostrativos de cobardía susceptibles de producir pánico o producir desorden en la propia fuerza.

³ Se hace desaparecer la expresión «por cobardía», que como elemento subjetivo del injusto aparecía en buena parte de los tipos del derogado Código (que en el nuevo Código, en esencia, son reproducidos) y es sustituida por la expresión «por temor a un riesgo perso-

CPM 1985	CPM 2015
<p>mando, con la de quince a veinticinco. En las mismas penas incurrirá el que, por cobardía y en idénticas situaciones, <u>*rehusare permanecer o situarse</u> en su puesto o <u>*incumpliere la misión</u> encomendada.</p> <p>Artículo 108 Cuando los hechos previstos en el art. anterior tuvieran lugar en tiempo de guerra, fuera de las situaciones expresadas, se impondrá al militar la pena de tres a diez años de prisión y, <u>si ejerciere mando</u>, la de cinco a quince años de prisión.</p> <p>Artículo 109 El militar que, frente al enemigo, rebeldes o sediciosos <u>*realizare actos demostrativos de cobardía susceptibles a infundir pánico</u> o producir grave desorden entre la propia fuerza, será castigado con la pena de diez a veinticinco años de prisión. Cuando las conductas previstas en el párrafo anterior tuvieran lugar en tiempo de guerra o circunstancias críticas, fuera de las situaciones expresadas, se impondrá la pena de prisión de seis meses a seis años y si el culpable <u>ejerciere mando</u>, la de tres a diez años.</p>	<p><u>ceptibles de infundir pánico o producir grave desorden</u> entre la propia fuerza, será castigado:</p> <p>1.º Con la pena de diez a veinticinco años de prisión, cuando tuviere lugar frente al enemigo, rebeldes o sediciosos. (art. 109)</p> <p>2.º Con la pena de cinco a quince años de prisión, cuando tuviere lugar en situación de conflicto armado ⁽⁴⁾ o estado de sitio, fuera de las situaciones expresadas en el apartado anterior, o en circunstancias críticas. (arts. 108 y 109 pfo. 2º)</p> <p>2. Si el autor del delito <u>ejerciere mando</u>, se impondrán las penas señaladas en su mitad superior. (arts. 108 in fine y 109 in fine)</p>

nal», a la que como elemento subjetivo del injusto y de manera expresa se refiere el propio Preámbulo.

Dicha sustitución nos parece adecuada, ya que una regla básica de toda definición es la de que en ella no aparezca la palabra (ni algún derivado de ella) que se trata de definir.

⁴ Tal y como el propio Preámbulo señala, las referencias que el CPM que se deroga realizaba en determinados tipos penales a la locución «tiempos de guerra» se sustituyen por la de «en situación de conflicto armado».

Ahora bien, llama la atención que, así como en el CPM de 1985 se ofrecía (art. 14) una definición auténtica de lo que había de entenderse por la locución «en tiempo de guerra», en el nuevo CPM de 2015 no se haga lo propio con la expresión «conflicto armado», y se limite a señalar que tal expresión ha de entenderse «conforme con el concepto y terminología empleados en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, sus Protocolos Adicionales y la jurisprudencia consolidada en materia de derecho Penal Humanitario».

CPM 1985	CPM 2015
<p>Artículo 110 El militar que, por cobardía, para excusarse de su puesto o misión en el combate, <u>*simulare enfermedad o lesión</u>, <u>*se la produjere</u> o <u>*emplease cualquier otro engaño</u> con el mismo fin, será castigado con la pena de cinco a quince años de prisión.</p>	<p>Artículo 52. (art. 110) ⁽⁵⁾ El militar que, en situación de conflicto armado, estado de sitio o circunstancias críticas y por temor a un riesgo personal, para excusarse de su puesto o misión, <u>*simulare enfermedad</u> o lesión, <u>*se la produjere</u> o <u>*emplease cualquier engaño</u> con el mismo fin, será castigado con la pena de tres años y un día a diez años de prisión.</p>
<p>Artículo 111 El militar que <u>*entregare</u>, <u>*rindiere</u> o <u>*abandonare</u> al enemigo, rebeldes o sediciosos, plaza, establecimiento, instalación militar, puesto, buque, aeronave, fuerza a sus órdenes u otros recursos humanos o materiales de guerra o combate, <u>sin haber agotado el empleo de los medios de defensa</u> que exijan los preceptos de ordenanza y órdenes recibidas, será castigado con la pena de quince a veinticinco años de prisión.</p>	<p>Artículo 53. (art. 111, 112) 1. El militar que, por temor a un riesgo personal, <u>*entregare</u>, <u>*rindiere</u> o <u>*abandonare</u> al enemigo, rebeldes o sediciosos, establecimiento o instalación militar, puesto, buque, aeronave, fuerza u otros recursos humanos o materiales⁽⁶⁾ que estuviesen bajo su mando, <u>sin haber agotado todos los medios de defensa</u> que exijan sus deberes y obligaciones militares o las órdenes recibidas, será castigado con la pena de diez a veinte años de prisión.</p>

Esta locución de «en tiempo de guerra» se ha hecho desaparecer igualmente de la LOCO. Así, la disposición final primera, apartado 1, del CPM de 2015 establece que las referencias que en la LOCO se hacen a la locución «tiempo de guerra» se entenderán hechas a la expresión «en situación de conflicto armado».

Sobre esta cuestión, y más en concreto sobre los inconvenientes de no haberse dado una definición auténtica en el propio CPM de lo que debe entenderse por «conflicto armado», ya se pronunció en extenso nuestro fiscal togado en su ponencia «Valoración del nuevo Código Penal Militar», hecha en las VII Jornadas sobre Jurisdicción Militar, organizadas por el Servicio de Formación Continua del Consejo General del Poder Judicial, celebradas en Madrid durante los días 20 a 22 de noviembre de 2015.

⁵ El art. 52, como vemos, se corresponde en parte con al derogado artículo 110, si bien sustituye la locución «cobardía» por «el temor a un riesgo personal», y la locución «combate» por las de «situación de conflicto armado», «estado de sitio» y «circunstancias críticas».

La conducta que aquí se castiga viene en parte también recogida en el inciso 2.º del pfo. 1.º del nuevo art. 59, relativo a la «Inutilización voluntaria y simulación para eximirse del servicio», con la única diferencia de que en el art. 59 no se exige el elemento subjetivo del injusto del «temor a un riesgo personal», y de que lo que se persigue con la simulación es eximirse del servicio y no «excusarse del puesto o misión». Curiosamente la penalidad es la misma en uno y otro precepto.

⁶ Por el afán de eliminar las palabras «guerra» y/o «combate», nos encontramos con que en este art. 53, al prescindir de ellas, amplía extraordinariamente el tipo de recursos materiales

CPM 1985	CPM 2015
<p>Artículo 112 El militar que incluyere en la capitulación plaza, establecimiento, instalación militar, puesto, buque, aeronave, fuerza u otros recursos humanos o materiales de guerra o combate, dependientes de su mando, <u>pero no comprometidos en el hecho de armas</u> que ha determinado la rendición, será castigado con la pena de tres a diez años de prisión.</p> <p>A igual pena será condenado el militar que en la capitulación <u>*estableciere para sí condiciones más ventajosas</u>, y con la pena de seis meses a seis años si tales condiciones se estipularen en favor de otro u otros sin razón suficiente. (art. 53.2)</p> <p>Artículo 113 Fuera de los casos anteriores, el militar que, por temor a un riesgo personal, <u>violare</u></p>	<p>2. El militar que en la capitulación <u>*estableciere para sí condiciones más ventajosas</u> será castigado con la pena de tres a diez años de prisión, y con la pena de prisión de seis meses a seis años si tales condiciones se estipularen en favor de otro u otros sin razón suficiente, (art. 112 pfo 2º) pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo.</p> <p>(7) Desaparición del 112.1</p> <p>Artículo 54. (art. 113) Fuera de los casos anteriores, el militar que, por temor a un riesgo personal,⁽⁸⁾</p>

a los que se refiere el precepto, que pueden ser de cualquier naturaleza, agua, víveres, material de construcción, incluso medicinas, material quirúrgico y/o de ayuda humanitaria, que en buena lógica habrían de ser destruidos por el jefe o militar bajo cuyo mando estuvieren.

⁷ Este tipo del párrafo 1.º del artículo 112 que, al igual que sucedía con el precedente 111, no exigía como elemento subjetivo del injusto ni la antigua «cobardía» ni el actual «temor a un riesgo personal», no aparece recogido en la nueva regulación. Sin embargo, y esto resulta chocante, sí se recoge (apartado 2.º del nuevo art. 53) lo que constituía el párrafo segundo del art. 112 del derogado CPM de 1985, consistente en establecer en la capitulación condiciones más ventajosas (que para el resto), bien para quien capitula, bien para otro u otros, sin que exista justificación para ello.

⁸ En este caso hay que advertir que el la expresión «temor a un riesgo personal» ya aparecía como elemento subjetivo del injusto en el correlativo artículo, el 113, del derogado

CPM 1985	CPM 2015
<p><u>algún deber militar</u> cuya naturaleza exija afrontar el peligro y superar el miedo, será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de uno a seis años.</p>	<p>violare un deber militar establecido ⁽⁹⁾ en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, o en la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, cuya naturaleza exija afrontar el peligro y superar el miedo⁽¹⁰⁾, será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión. En situación de conflicto armado o estado de sitio se impondrá la pena de prisión de uno a seis años. En ambos casos se podrá imponer, además, la pena de pérdida de empleo.</p>
<p>Artículo 114 En los delitos comprendidos en este Capítulo se podrá imponer, además, la pena de pérdida de empleo.</p>	<p>(¹¹) Desaparición del 114</p>
<p>CAPÍTULO II. DESLEALTAD</p>	<p>CAPÍTULO II. DESLEALTAD ⁽¹²⁾</p>
<p>Artículo 115 El militar que sobre asuntos del servicio diere a sabiendas información falsa o expidiere</p>	<p>Artículo 55. (Art. 115 pfo. 1º) El militar que sobre asuntos del servicio diere a sabiendas información falsa o expidiere</p>

CPM, lo que plantea dudas acerca de si «cobardía» es sinónimo o no de «temor a un riesgo personal». De lo que no cabe duda es que para el legislador del 85 parece ser que no lo eran.

La conducta que castiga este precepto pudiera tener encaje también en la falta muy grave del apartado 7 del art. 8 LORDFAS, que castiga al militar que durante la actuación de las Fuerzas Armadas en supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas incumpliere reiteradamente un deber militar para evitar un riesgo propio

⁹ Se concreta (lo que no se hacía en el Anteproyecto) cuáles son las fuentes de esos deberes militares, que no son otras que la *LO 9/2011, de Derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, y la *LO 11/2007, de Derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil. Ahora bien, cabe hacer la matización de que la ley orgánica referida a la Guardia Civil no habla ni recoge en sentido estricto deberes militares.

¹⁰ Vemos aquí lo que anteriormente decíamos de cómo el valor puede llegar a constituir para el militar un deber.

¹¹ La desaparición del art. 114 en el nuevo CPM se entiende desde el propósito del legislador de reducir el número de artículos. Ahora bien, lo que ya se entiende menos, y el Preámbulo —como en tantas otras cosas— no nos lo aclara, es el motivo de por qué estando previsto en el art. 114 del derogado Código la posibilidad de imponer, en todos los delitos del capítulo, además de la correspondiente pena, la de «pérdida de empleo», esta ahora solo se pueda aplicar en los dos últimos y no así en los dos primeros.

¹² A diferencia de lo que sucedía con la cobardía en su regulación del CPM de 1985, para la que no hay jurisprudencia, la deslealtad en sus distintas modalidades sí que ha dado

CPM 1985	CPM 2015
<p>certificado en sentido distinto al que le constare será castigado con la pena de uno a seis años de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de tres a diez años. Cuando en su información o certificado el militar, sin faltar sustancialmente a la verdad, la desnaturalizare, valiéndose de términos ambiguos, vagos o confusos, o la alterare mediante reticencias o inexactitudes, será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión. En tiempo de</p>	<p>certificado en sentido distinto al que le constare será castigado con la pena de seis meses a cuatro años de prisión. En situación de conflicto armado o estado de sitio se impondrá la pena de prisión de tres a diez años. En todo caso se podrá imponer, además, la pena de pérdida de empleo. (115 pfo. 4º)</p>

lugar a un importante número de sentencias de la Sala V del Tribunal Supremo, referidas a sus distintos tipos. En particular, han sido bastantes las dedicadas al único tipo que ahora pervive, el del 115 apdo. 1.

En relación con el mismo cabe significar cómo no es fácil pronunciarse sobre qué concretas conductas desleales colman las exigencias del tipo. Esta dificultad surge fundamentalmente en relación con el requisito de la lesividad, entendida esta como «aptitud para perjudicar el servicio» o, si se quiere, como «gravedad de la conducta». Así, la STS V de 5 de abril de 2001 recordaba qué conductas según la propia Sala habían integrado el tipo penal del 115.1:

- Dar parte falso sobre la prestación del servicio de guardia en un polvorín.
- Incorporación a expediente de certificados médicos que correspondían a otros mozos excluidos del servicio militar, para propiciar la exclusión de la prestación del mismo.
- Aseverar que el servicio de guardia se prestó sin novedad cuando existió anomalía importante en su realización.
- Omitir un cabo de cuartel que un soldado fue golpeado en su presencia por un cabo y otro soldado, informando a sus superiores que el servicio se desarrolló sin novedad.
- No dar novedad importante de que habían quedado sin cubrir dos puestos de centinela.
- Informar falsamente a la superioridad de que se habían abonado los haberes a la tropa, cuando en realidad el procesado se apropió del importe de la nómina.
- A tales conductas cabe añadir otras apreciadas con posterioridad como:
- Dar información falsa, con certificado incluido, sobre el número de personas que cenaban en una residencia militar, como modo de obtener más crédito del necesario y emplearlo luego en provecho propio.
- Excusarse de ir a la unidad diciendo que había acudido al médico, presentando luego, cuando le fue requerido, el correspondiente justificante, un documento falso.
- Llamar a la unidad diciendo que no podía ir, pues había sido asaltado, recibiendo un navajazo y que estaba ingresado en el hospital, cuando, siendo cierto que estaba ingresado, la realidad es que se había autolesionado, dando con ello lugar además a la incoación de un procedimiento en la ordinaria por haber denunciado una inexistente agresión.

Más recientemente, en este pasado 2015, ha habido tres sentencias de la Sala V confirmando la condena por deslealtad a quienes presentaron, para acceder a la condición de militar profesional de carácter permanente, una titulación (acreditación de haber superado 1.º y 2.º de la ESO) que resultó ser falsa.

Finalmente, y pendiente de resolución por la Sala V, se encuentra la conducta de quien trató de dar el «cambiazco» en las muestras de orina que le fueron exigidas para la detección del consumo de sustancias psicotrópicas. La Fiscalía Togada ha informado a favor de considerar delictiva la conducta.

CPM 1985	CPM 2015
<p>guerra, se impondrá la pena de prisión de uno a seis años.</p> <p>Las penas señaladas en este artículo se impondrán en su mitad superior si hubiere mediado precio, recompensas o promesas.</p> <p>Además de la pena de prisión, podrá imponerse, atendida la gravedad y trascendencia de los hechos, la pena de pérdida de empleo.</p> <p>En todos los supuestos previstos en este artículo, se impondrá la pena inferior en grado cuando el culpable se retractare, manifestando la verdad a tiempo de que surta efecto.</p> <p>Artículo 116</p> <p>El militar que no guardase la discreción y reserva debidas sobre asuntos del servicio</p>	<p>(¹³) Desaparición pfo. 2º y 3º art. 115</p> <p>En todos los supuestos previstos en este artículo, se impondrá la pena inferior en grado cuando el culpable se retractare, manifestando la verdad a tiempo de que surta efectos.</p> <p>(Art. 115 pfo. 5)</p> <p>(¹⁴) El art. 116 queda reconducido a la vía disciplinaria, si bien se intentó su inclusión</p>

¹³ La forma más venial de deslealtad que contenía el párrafo 2.º del art. 115 del derogado CPM de 1985, consistente en «desnaturalizar la información —sin faltar sustancialmente a la verdad— empleando el militar términos ambiguos, vagos o confusos», ha quedado despenalizada, pudiendo encontrar encaje, sin embargo, en alguna de las siguientes faltas disciplinarias de la LORDFAS: falta leve del apdo. 35 del artículo 6; falta grave de los apdos. 5 y 13 del art. 7.

¹⁴ En el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal Militar publicado en el Boletín del Congreso de los Diputados de 5 de septiembre de 2014, este artículo 116 se trató de incluir en el nuevo CPM como art. 57, pero tal propósito no tuvo éxito, al prosperar la enmienda de supresión del Grupo Socialista que consideraba que esta conducta, la de «no guardar la discreción y reserva debidas sobre asuntos del servicio de trascendencia grave», debía encauzarse como una falta disciplinaria. De este modo, para reprimir esta conducta habrá de acudir a la nueva Ley de Régimen Disciplinario aprobada por LO 8/2014, de 4 de diciembre, donde se tipifican las siguientes faltas:

- Falta muy grave, en el apartado 4 del art. 8: «El incumplimiento del deber de reserva sobre secretos oficiales y materias clasificadas».
- Falta grave del apartado 18 del art. 7, la de «No guardar la debida discreción sobre materias objeto de reserva interna o sobre asuntos relacionados con la seguridad y defensa nacional, así como hacer uso o difundir, por cualquier medio, hechos o datos no clasificados de los que haya tenido conocimiento por su cargo o función, en perjuicio del interés público».
- Falta leve, apartado 12 del art. 6: «La inexactitud en el cumplimiento de las normas de seguridad y régimen interior, así como en materia de obligada reserva».

Pero no solo fue eliminado del proyecto este non nato art. 57, sino que también se suprimió el proyectado art. 56, que trataba de castigar como delito militar —y esto constituía una verdadera novedad— el de falsedad documental previsto en el artículo 390 del Código Penal, castigándolo cuando el autor fuese un militar con una pena agravada en un quinto de su límite máximo. Este precepto contó con las enmiendas de mejora técnica del Grupo de UPyD y de supresión tanto del Grupo Parlamentario Catalán como del Grupo Parlamentario Socialista, considerando este último que el tipo pertenecía al ámbito de la legislación penal ordinaria y que no había razones para atribuírselo a la jurisdicción militar.

CPM 1985	CPM 2015
de trascendencia grave será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión. Si la trascendencia no fuere grave, se corregirá por vía disciplinaria.	como art. 57. Fallido intento de incluir como art. 56 la falsedad documental
Artículo 117 El militar que se excusare de cumplir deberes militares produciéndose o simulando alguna enfermedad o lesión, o empleando cualquier otro engaño, será castigado con la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de dos a ocho años.	(¹⁵) El 117 se lleva al capítulo siguiente de los Delitos contra la prestación del servicio. Vid. Nuevo art. 59
Artículo 118 El militar que facilitare la evasión de prisioneros de guerra, presos o detenidos confiados a su custodia será castigado con la pena de uno a seis años de prisión. Si en la evasión hubiere mediado violencia o soborno, la pena se impondrá en su mitad superior.	(¹⁶) Desaparición del 118 en nuevo CPM si bien Jurisdicción Militar podrá seguir conociendo del mismo al poder aplicar el 471 del CP incardinado en los delitos contra Admón. de Justicia

Es sabido que muchas de las «deslealtades» se producen mediante la falsificación de informes médicos —bien de la Seguridad Social o de la correspondiente compañía médica concertada, relacionados con bajas laborales— o certificados de estudios, como acabamos de ver. Y es sabido igualmente cómo estas falsedades documentales —y para retener la competencia de la jurisdicción militar— se vienen reconduciendo al delito de deslealtad del artículo 115.1. Pues bien, así parece que seguirá siendo.

La no aprobación de estos dos proyectados artículos, así como el hecho de que los propios redactores del Proyecto hubiesen decidido —como vamos a ver— que algunos de los tipos de este capítulo relativo a la deslealtad pasasen a otros capítulos del mismo título, explica que finalmente este capítulo de la deslealtad, que en el derogado CPM de 1985 contaba con cuatro preceptos, esté integrado ahora por un solo artículo.

¹⁵ La conducta que reprimía este artículo que desaparece del capítulo de la deslealtad, encuentra cobertura sin embargo en el artículo 59 del siguiente capítulo III «Delitos contra la prestación del servicio», en el que se castiga igualmente a quien se inutilizare o simulare enfermedad o lesión o empleare cualquier otro engaño para eximirse del servicio o del cumplimiento de sus deberes.

Cabe destacar que en la aplicación de este tipo habrá que realizar una adecuada labor de ponderación por si la concreta conducta tuviese encaje en el apartado 22 del art. 7 de la LORDFAS, que sanciona a quien «se ampare en una enfermedad supuesta para no cumplir sus funciones o prolongare injustificadamente la baja temporal para el servicio».

¹⁶ El art. 118 del derogado CPM, de dudoso encaje en la deslealtad, y que más bien debía haber venido recogido, como sucede con su correlativo 471 del CP, en el título de los «Delitos contra la Administración de Justicia», desaparece con acierto del capítulo dedica-

CPM 1985	CPM 2015
CAPÍTULO III. DELITOS CONTRA EL DEBER DE PRESENCIA	CAPÍTULO III. DELITOS CONTRA LOS DEBERES DE PRESENCIA Y DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO (17)

do a la deslealtad, y cuando se produzca podrá ser conocido, no obstante, por los órganos de la Jurisdicción Militar en virtud de lo dispuesto en la disposición final primera, apartado 2, de la LO 14/2015, de aprobación del nuevo CPM, a la que luego nos referiremos.

Curiosamente esta misma conducta cometida por imprudencia grave viene castigada en el art. 78 del nuevo CPM como una de las modalidades de delito contra la eficacia en el servicio. Si la imprudencia fuese otra distinta de la grave, cabría tipificarlo como falta leve en alguno de los apartados 5 o 11 del art. 6 de la LRDFAS, o bien en alguna de las faltas graves del mismo texto legal: apdos. 12 y 15 del artículo 7.

¹⁷ Conviene quizá hacer un poco de historia reciente sobre este capítulo que en el Código de 1985 y antes de su derogación había sufrido ya reformas de mucho calado, de las que muchos de los actuales oficiales del Cuerpo Jurídico (fiscales, jueces togados y secretarios relatores) no han sido testigos directos.

Recordemos por ello cómo, hasta la reforma operada por la Ley 13/1991 del Servicio Militar, el abandono de destino (art. 119) era un delito que solo podían cometer los oficiales y suboficiales, en tanto que la desertión (art. 120) estaba reservada para las clases de tropa. Esta distinción a partir de la indicada fecha desaparece y la diferencia a partir de entonces se establece en función de la duración de la ausencia y del carácter profesional o no del militar. Para ello la mencionada ley modificó los artículos 119 y 120 e introdujo un nuevo artículo 119 bis. De modo que a partir de esta reforma:

- Era abandono de destino del 119 la ausencia del militar profesional (oficial, suboficial y/o tropa) por más de tres días.
- Era abandono de destino del art. 119 bis (introducido por la reforma) la ausencia del militar de reemplazo por más de quince días.
- Era desertión (art. 120) la ausencia de cualquier militar, profesional o no, cuando se haga con ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares.

Al mismo tiempo esta Ley del Servicio Militar, por medio de su disposición adicional octava, vació de contenido el artículo 124 (falta de incorporación a filas), que pasó como art. 135 bis h) al CP, siendo su conocimiento competencia de la Jurisdicción ordinaria. Y lo mismo se hizo con el art. 127 (negativa a cumplir el servicio militar, más comúnmente conocido como delito de insumisión), que pasó al CP común como art. 135 bis i).

El delito de falta de incorporación a filas del 124 daba lugar a la incoación de un ingente número de procedimientos, muchas veces archivados por defectos en la citación a filas, para lo que —dicho sea de paso— algunos ayuntamientos colaboraban poco o nada.

La medida de atribuir a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de la negativa a cumplir el servicio militar (art. 127) no supuso que la Jurisdicción militar se desembarazase de este problema, pues los «insumisos», que en el marco de la jurisdicción ordinaria no podían jugar la baza de la demagogia, decidieron llevar a cabo la política llamada de «insumisión en los cuarteles», que consistía no en negarse a prestar el servicio militar desde el principio, sino en incorporarse a una unidad y, una vez dentro de la misma, declararse insumisos o bien abandonar la unidad. Ello daba lugar, bien a la aplicación de una nueva modalidad de desobediencia que introdujo la LO 13/1991 añadiendo un párrafo al artículo 102 (consistente en rehusar permanentemente el cumplimiento de las obligaciones militares), o más comúnmente a la aplicación del delito de desertión en su nueva modalidad de ausencia con ánimo de sustraerse permanentemente de la unidad.

CPM 1985	CPM 2015
<p>Sección 1ª. Abandono de destino o residencia</p> <p>Artículo 119 El militar profesional que injustificadamente <u>*se ausentare</u> de su unidad, destino o lugar de residencia por más de tres días o <u>*no se presentare</u>, pudiendo hacerlo, transcurrido dicho plazo desde el momento en que debió efectuar su incorporación será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión. En tiempo de guerra;</p>	<p>Sección 1.ª Abandono de destino o residencia (18)</p> <p>Artículo 56. (Art. 119) 1. El militar que, incumpliendo la normativa vigente,⁽¹⁹⁾ <u>*se ausentare</u> de su Unidad, destino o lugar de residencia por más de tres días o <u>*no se presentare</u>, pudiendo hacerlo, será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. 2. En situación de conflicto armado o estado de sitio, la ausencia del militar o su falta</p>

Las condenas impuestas por esta insumisión sobrevenida, cuando se producían, al ser impuestas por la Jurisdicción Militar se cumplían en establecimiento penitenciario militar, donde en cierto modo los integrantes de este movimiento seguían practicando su política de insumisión, traducida en la interposición de múltiples quejas, casi todas ellas infundadas.

Por último, se derogó el art. 128, que venía a señalar quienes, a los efectos de los artículos 124 y 127, tenían la consideración de militares.

De este modo vemos cómo el legislador de 2015, en este su afán de reducir el número de artículos, ha visto facilitada su tarea al encontrarse con que tres de ellos, al menos, se hallaban ya vacíos de contenido.

Años más tarde la LO 3/2002, de modificación del CP y del CPM en materia de delitos relativos al servicio militar y prestación social sustitutoria, vino a reflejar en el CPM y en el Código Penal común la desaparición de facto del servicio militar obligatorio y de la figura del militar de reemplazo. (Operada tras la suspensión, en virtud de los Reales Decretos 247/2001, de 9 de marzo, y 342/2001, de 4 de abril, dictados en uso de la autorización concedida al Gobierno por la disposición transitoria decimooctava de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas). En consecuencia, deroga el 119 bis (al no haber ya militares de reemplazo) e introduce un pequeño retoque en el art. 120 (deserción), en el que a la expresión «el militar» añade la de «profesional o el reservista incorporado»

Por otro lado, lleva a cabo un cambio en la denominación del capítulo, que pasa a denominarse «Delitos contra el deber de presencia», frente a la rúbrica original de 1985, que era la de «Delitos contra los deberes de presencia y de prestación del servicio militar».

Ahora, como vemos, el nuevo CPM de 2015 vuelve a cambiar la rúbrica por la de «Delitos contra los deberes de presencia y de prestación del servicio», servicio que no es lógicamente el servicio militar obligatorio (la mili).

¹⁸ Aunque pudiera parecer ocioso, creo que es conveniente recordarlo. Este delito es con mucho el que ha dado lugar a la incoación de un mayor número de procedimientos, aunque en los últimos cuatro o cinco años, y por efecto de la crisis económica fundamentalmente, su número ha disminuido extraordinariamente. Para no aburrir con cifras no me remontaré más allá del año 2005, ofreciendo los porcentajes de este delito frente al resto de los delitos militares: año 2005 (77,2%); año 2006 (79,7%); año 2007 (81,5%); año 2008 (80,4%); año 2009 (75,5%); año 2010 (63,2%); año 2011 (71%); año 2012 (52,2%); año 2013 (37,5%); año 2014 (25%).

¹⁹ La sustitución del «elemento normativo del tipo» constituido por el adverbio modal «injustificadamente» por el de «incumplimiento de la normativa vigente» ha venido influido,

CPM 1985	CPM 2015
la ausencia por más de veinticuatro horas será castigada con la pena de prisión de tres a diez años.	de incorporación por tiempo superior a veinticuatro horas será castigada con la pena de prisión de tres a seis años. (Art. 119 in fine)
Art. 119 bis Derogado por L.O 3/2002	3. Para el cómputo de los referidos plazos se empezará a contar desde el momento en que se produjere la ausencia o falta de incorporación, hasta aquel en que tuviere lugar la presentación. (20)

casi con toda seguridad, por las dudas interpretativas que el primero vino suscitando en la doctrina de la Sala V, la cual sin embargo tiene dicho en multitud de sentencias, sobre todo a partir de 2010, que la ausencia típica y punible es la injustificada, esto es, «la que se produce y mantiene al margen del marco normativo, legal y reglamentario, regulador del deber de presencia y los demás intereses jurídicos que la norma protege». Aunque también la propia Sala ha declarado «que la adecuación a dicho marco normativo no agota las posibilidades de justificación de la ausencia, porque también adquiere relevancia a estos efectos de atipicidad de la conducta, la concurrencia de causas acreditadas de las que se deduzca la imposibilidad razonable de dar cumplimiento a aquellas obligaciones consustanciales al estatuto militar».

No obstante, la expresión ahora empleada, «incumpliendo la normativa vigente», por su laconismo e inconcreción, puede dar lugar a más de un problema interpretativo.

En cuanto a cuál sea esa normativa vigente a la que se refiere el precepto, estimo que por la vinculación que las bajas médicas tienen con este tipo de delito resulta crucial —como marco normativo— la Instrucción 1/2013, de 14 de enero, de la subsecretaría de Defensa, por la que se dictan las «Normas sobre la determinación y el control de las bajas temporales para el servicio del personal militar», que contó con el precedente de otra instrucción similar, la 169/2001, de la misma autoridad. Y en menor medida la Orden Ministerial 253/2015, de 9 de febrero, por la que se regula el «Régimen de vacaciones, permisos, reducciones de jornada y licencias de los miembros de las Fuerzas Armadas».

Debe tenerse presente la existencia en el ámbito disciplinario de diversos tipos relacionados con el incumplimiento de esta normativa, así como con el deber de presencia. Así:

- Art. 6.17 «Inexactitud en el cumplimiento de las normas sobre baja temporal para el servicio en las Fuerzas Armadas».
- Art. 6.19 «No comunicar a sus superiores, dentro del plazo de veinticuatro horas y sin causa justificada, la existencia de causa que pudiera justificar la ausencia del destino o puesto desempeñado».
- Art. 6.20 «No incorporarse o ausentarse injustificadamente del destino o puesto desempeñado por un plazo inferior a 24 horas».
- Art. 6.21 «La inobservancia de las normas relativas al deber de residencia de los miembros de las Fuerzas Armadas».

²⁰ Este párrafo es de nueva creación y trata de resolver las dudas sobre cómo se computaba el plazo de ausencia. Cuestión resuelta por la Sala V, que tiene reiteradamente dicho que la ausencia por más de tres días se mide «de momento a momento», sin que quepa excluir del cómputo el día en que se produce la ausencia, como en principio pudiera desprenderse del artículo 5.1 del Código civil.

Creemos honestamente que dada la importancia, al menos estadística, de este delito no habría estado de más incorporar a la descripción del tipo algunas de las soluciones que ha venido dando la jurisprudencia, por ejemplo, y sin salir del cómputo del plazo, señalar

CPM 1985	CPM 2015
<p>Sección 2ª Deserción</p> <p>Artículo 120 Comete deserción el militar profesional o el reservista incorporado que, con ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares, <u>*se ausentare</u> de su unidad, destino o lugar de residencia. Será castigado con la pena de dos años y cuatro meses a seis años de prisión. En tiempo de guerra será castigado con la pena de prisión de seis a quince años.</p>	<p>Sección 2.ª Deserción</p> <p>Artículo 57. (Art. 120) El militar que, con ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones, <u>*se ausentare</u> de su Unidad, destino o lugar de residencia, <u>o *no se presentare, pudiendo hacerlo</u>, cuando tenga la obligación de efectuar su incorporación, será castigado, como desertor, con la pena de uno a cuatro años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo.⁽²¹⁾ En situación de conflicto armado o estado de sitio será castigado con la pena de cinco a quince años de prisión.</p>
<p>Sección 3ª . Quebrantamientos especiales del deber de presencia</p> <p>Artículo 121 El militar que <u>*se ausentare</u> injustificadamente frente al enemigo, rebeldes o sediciosos, <u>cualquiera que fuere la duración de la ausencia</u>, será castigado con la pena de diez a veinte años de prisión.</p>	<p>Sección 3.ª Quebrantamientos especiales del deber de presencia</p> <p>Artículo 58. (Art. 121, 122 y 123) 1. El militar que <u>*se ausentare</u> o <u>*no se presentare debiendo hacerlo, incumpliendo la normativa vigente</u>, frente al enemigo, rebeldes o sediciosos, <u>cualquiera que fuera la duración de la ausencia</u>, ⁽²²⁾ será castigado con la pena de cuatro a diez años de prisión. (Art. 121) Si el hecho tuviere lugar <u>en circunstancias críticas</u>, se impondrá la pena de seis meses a tres años de prisión. (Art. 122)</p>

que en principio —y para el abandono de destino, no así para el de residencia— quedan excluidos los días festivos.

²¹ Observamos que, si bien la nueva pena privativa de libertad es más benigna, se puede imponer ahora con el nuevo Código la pena de pérdida de empleo.

²² La expresión «cualquiera que fuere el tiempo» parece demasiado drástica. Así, ¿basta solo unos minutos para que se pueda hablar de ausencia?, ¿qué pasa si a los diez minutos se arrepiente y regresa? Tendría más sentido esta irrelevancia del lapso temporal si la conducta fuese del estilo de la que se recogía en el art. 338 del CJM, que castigaba con la pena de muerte al que «fuese el primero en dar la espalda al enemigo». Pena que podría ser ejecutada en el mismo acto para castigo y ejemplo de los demás.

CPM 1985	CPM 2015
<p>Artículo 122 El militar que en <u>circunstancias críticas</u> se ausentare injustificadamente de la unidad donde preste sus servicios, cualquiera que fuere la duración de la ausencia, será castigado con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de tres a diez años.</p> <p>Artículo 123 El militar no comprendido en los artículos anteriores que <u>*se quedare en tierra</u> injustificadamente a la salida del buque o aeronave de cuya dotación o tripulación forme parte será castigado con la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de uno a seis años.</p> <p>Artículo 124 <i>(Regulaba la falta de incorporación a filas y fue derogado por la Dispos. Adic. 8ª de la LO 13/1991 de 20 de diciembre que llevó esta conducta al C. Penal común, art. 135 bis h)</i></p> <p>Sección 4ª Inutilización voluntaria y simulación para eximirse del servicio militar y negativa a cumplirlo</p> <p>Artículo 125 El militar que, para eximirse del servicio, se <u>inutilizare o diere su consentimiento</u> para ser inutilizado por mutilación, enfermedad o cualquier otro medio, será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión, si es e tiempo de paz y de</p>	<p>2. El militar que <u>*se quedare en tierra</u>, (Art. 123) incumpliendo la normativa vigente, a la salida del buque o aeronave de cuya dotación o tripulación forme parte será castigado con la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión. Si el hecho tuviere lugar en situación de conflicto armado o estado de sitio, se impondrá la pena de prisión de seis meses a seis años de prisión.</p> <p>Sección 4.ª Inutilización voluntaria y simulación para eximirse del servicio ⁽²³⁾</p> <p>Artículo 59 (arts. 125 y 126) El militar que, para eximirse del servicio o del cumplimiento de sus deberes u obtener el cese o un cambio en la relación de servicio, <u>*se inutilizare o consintiere</u> que otra persona le inutilice por mutilación, enfermedad o cualquier otro medio, <u>simulare enfermedad o lesión</u>,</p>

²³ La sustitución de la expresión «servicio militar» que se hacía en la rúbrica de la sección por la más genérica de «servicio» no borra del todo el origen de este tipo penal que nació pensado para ser aplicado a aquellos que pretendían eximirse del «servicio militar»

CPM 1985	CPM 2015
<p>tres a diez años, si es en tiempo de guerra. En caso de tentativa podrá imponerse la pena en la mitad inferior de las antes señaladas.</p> <p>En las mismas penas incurrirá el que, a sabiendas, procurare a un militar la inutilización a que se refiere el párrafo anterior, imponiéndose en su mitad superior si se realizare el hecho mediante precio o cuando se tratase de personal sanitario. Se impondrá en su mitad inferior cuando el autor sea cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano del mutilado o inutilizado.</p> <p>Artículo 126</p> <p>El militar que, para eximirse del servicio u obtener el pase a otra situación administrativa, <u>simulare una enfermedad o defecto físico</u> será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de dos a ocho años. En las mismas penas incurrirá el <u>personal sanitario</u> que facilitare la simulación.</p>	<p>(art. 126) o <u>empleare cualquier otro engaño</u>, será castigado con la pena de cuatro meses a tres años de prisión. Se impondrá la pena de prisión de tres a diez años cuando el hecho tuviere lugar en situación de conflicto armado, estado de sitio o en circunstancias críticas.</p> <p>En las mismas penas incurrirá (Art. 125 pfo. 2) el que, a sabiendas, inutilizare o facilitare la simulación a un militar, con el mismo fin a que se refiere el párrafo anterior, imponiéndose la pena en su mitad superior si el autor fuese <u>personal sanitario</u>,⁽²⁴⁾ sin perjuicio de las penas que correspondan por los resultados lesivos producidos, conforme al Código Penal. ⁽²⁵⁾</p>

obligatorio» ocasionándose una lesión o mutilación que les hiciera inútiles para el servicio militar. Así se desprende del mantenimiento de la «mutilación» como modo de eximirse del cumplimiento de un servicio, algo que, en tiempo de paz al menos, no tiene ningún sentido. Sí lo tenía cuando con la mutilación se trataba de librarse del servicio militar, que duraba 24 o 18 meses. Este precepto, que con la ampliación que se hace ahora acoge alguno de los tipos de deslealtad, creemos que estaba mejor en tal capítulo que en este otro.

²⁴ Desaparece la agravación de la pena para quienes auxiliaren a la mutilación o lesión mediando precio y se mantiene no obstante para el personal sanitario, a los que además de ponerles las penas en su mitad superior, ello es sin perjuicio de las penas que correspondan por los resultados lesivos. No aclara el precepto (antes tampoco lo hacía) si este personal sanitario lo es el perteneciente a la sanidad militar o si, por el contrario, se extiende también a aquellos que carecen de la condición de militares, trabajen o no en el ámbito de la sanidad militar.

Por lo demás, desaparece la disminución de la pena por razón de parentesco.

²⁵ Este inciso final, que se repite y con escaso acierto en otros tipos penales, como tendremos oportunidad de ver, no aparecía en el Anteproyecto, aunque sí en el Proyecto.

CPM 1985	CPM 2015
<p>Artículo 127 (Regulaba la negativa a cumplir el servicio militar y fue derogado por la Disposi. Adic. 8ª de la LO 13/1991 de 20 de diciembre que llevó esta conducta al C. Penal común, art. 135 bis i)</p>	
<p>Artículo 128 (Regulaba y fue derogado por Ley LO 13/1991 de 20 de diciembre)</p>	
<p>Sección 5ª. Disposición común</p>	<p>Sección 5.ª Disposición común</p>
<p>Artículo 129 El que de palabra, por escrito, impreso u otro medio de posible eficacia, <u>incitare</u> a militares a cometer cualquiera de los delitos comprendidos en las secciones 1ª y 2ª de este capítulo, <u>hiciera apología</u> de los mismos o de sus autores, <u>los auxiliare</u> o encubriere, será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. Quedará exento de pena el encubridor que lo fuere de su cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad, de su ascendiente, descendiente o hermano.</p>	<p>Artículo 60 (Art. 129) ⁽²⁶⁾ La <u>provocación</u>, la <u>conspiración</u> y la <u>proposición</u> para la ejecución de los delitos previstos en este Capítulo se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que correspondería a los mismos. (²⁷) Desaparición referencia al encubrimiento y la excusa absolutoria No obstante, en situación de conflicto armado o estado de sitio, la provocación, la conspiración y la proposición, así como la complicidad, se podrán castigar con las penas previstas para los autores de los respectivos delitos. (Art. 129, pfo. 3º)</p>

²⁶ La referencia a estas tres formas de resolución manifestada, integrantes del *iter criminis provocación, conspiración y proposición* y se hace en sustitución de la terminología del artículo del derogado CPM que hablaba de *incitación, apología y/o auxilio*. Y se hace sin duda para acompañar la redacción del CPM a la del CP común, que, tras definir en el artículo 17 (la conspiración y la proposición) y en el art. 18 (la provocación), se refiere a las mismas —y siempre siguiendo el mismo orden— en otros dispersos artículos, pues, como es sabido, estas formas de resolución manifestada solo son castigadas cuando así expresamente se establece. Es decir, solo en relación con determinados tipos penales.

Por lo que hace referencia al CPM, estas formas de resolución manifestada se castigan no solo en relación con los delitos de este capítulo III del título IV, sino también en relación con todos los delitos del título I del libro II, esto es, los «Delitos contra la seguridad y defensa nacionales» (traición militar, espionaje militar, revelación de secretos e incumplimiento de los bandos militares), así como en relación con el delito de sedición del título II.

²⁷ La desaparición de la referencia al encubrimiento se debe sin duda al hecho de que a partir del CP de 1995 el mismo ha dejado de ser considerado como una forma de participación *postdelictum*, para convertirse en un tipo autónomo.

CPM 1985	CPM 2015
<p>No obstante, en tiempo de guerra, se podrán imponer en todo caso las mismas penas que a los autores de los respectivos delitos.</p> <p>CAPÍTULO IV DELITOS CONTRA LOS DEBERES INHERENTES AL MANDO</p> <p>Sección 1ª Incumplimiento de deberes inherentes al mando</p> <p>Artículo 130 El jefe de una fuerza o unidad militar, Comandante de buque de guerra o aeronave militar que <u>*hiciera dejación del mando</u> por abandono o entrega indebida será castigado con la pena de uno a seis años de prisión. Frente a rebeldes o sediciosos o en circunstancias críticas, la pena será de prisión de diez a veinticinco años y en tiempo de guerra la pena de quince a veinticinco años de prisión.</p>	<p>CAPÍTULO IV. DELITOS CONTRA LOS DEBERES DEL MANDO (28)</p> <p>Sección 1.ª Incumplimiento de deberes inherentes al mando</p> <p>Artículo 61 (130) 1. El militar con mando de fuerza o unidad, Comandante de buque de guerra o aeronave militar, que <u>*hiciera dejación del mando</u> por abandono o entrega indebida, será castigado: 1.º Con la pena de diez a veinticinco años de prisión, cuando tuviere lugar frente al enemigo, rebeldes o sediciosos. (130 pfo. 2) 2.º Con la pena de diez a veinte años de prisión, cuando tuviere lugar en situación de conflicto armado o estado de sitio, fuera de las situaciones expresadas en el apartado anterior, o en circunstancias críticas. (130 pfo. 2 in fine) 3.º Con la pena de uno a seis años de prisión, en las demás circunstancias. (130 pfo. 1º) (29) 2. Se podrá imponer, además, la pena de pérdida de empleo o, en su caso, la de inhabilitación absoluta para mando de buque de guerra o aeronave militar.</p>

²⁸ El cambio en la denominación del título parece justificada en el hecho de que en el antiguo CPM la primera sección llevaba exactamente la misma rúbrica que el propio título que daba cobijo a otras formas de delitos que puede cometer el mando.

²⁹ En esta su modalidad de tiempo de paz o circunstancias normales, la dejación del mando, sí ha dado lugar a tres pronunciamientos, al menos, de la Sala V resolviendo los correspondientes recursos de casación, dos de ellos interpuestos por la Fiscalía.

CPM 1985	CPM 2015
<p>Artículo 131</p> <p>El militar con mando de fuerza o unidad militar, Comandante de buque de guerra o aeronave militar que, en tiempo de guerra y sin que lo justifique la situación del combate, <u>*dejar de emprender o cumplir una misión</u> de guerra, se <u>*abstuviere de combatir</u> o <u>perseguir</u> al enemigo debiendo hacerlo, o <u>*no empleare, en el curso</u> de las operaciones bélicas, todos los medios que exija el cumplimiento de los preceptos de ordenanza y órdenes recibidas, será castigado con la pena de tres a diez años de prisión</p>	<p>Artículo 62. (131, 132)</p> <p>Será castigado con la pena de tres años y un día a diez años de prisión el militar con mando de fuerza o unidad, Comandante de buque de guerra o aeronave militar que, en situación de conflicto armado:</p> <p>1.º <u>*Dejar de cumplir una misión</u> de combate, <u>*se abstuviere de combatir</u> o <u>perseguir</u> al enemigo debiendo hacerlo o <u>*no empleare, en el curso</u> de las operaciones bélicas, todos los medios que exija el cumplimiento de sus deberes y obligaciones o las órdenes recibidas. (Art. 131)</p>
<p>Artículo 132</p> <p>El militar con mando que <u>*perdiera la plaza</u>, establecimiento, instalación militar, buque, puesto o fuerza a sus órdenes, por no haber tomado las medidas preventivas conforme a los preceptos de ordenanza y órdenes recibidas, será castigado con la pena de tres a diez años de prisión.</p> <p>Se impondrá la pena de uno a seis años de prisión al militar con mando que, por la misma causa, <u>*fuere sorprendido</u> por el enemigo, <u>*ocasionare daño</u> grave al servicio en tiempo de guerra o <u>*no inutilizare material de guerra</u>, documentación o recursos importantes para la defensa nacional cuando existiere peligro de que caigan en poder del enemigo.</p>	<p>2.º <u>Perdiera la plaza</u>, establecimiento, instalación militar, buque, aeronave, puesto o fuerza a sus órdenes, (Art. 132 pfo. 1º) <u>*fuere sorprendido</u> por el enemigo u <u>*ocasionare grave</u> daño al servicio, por no haber tomado las medidas preventivas conforme a sus deberes y obligaciones militares o las órdenes recibidas, o <u>*no inutilizare material</u> de guerra, documentación o recursos importantes para la defensa nacional cuando existiere peligro de que caigan en poder del enemigo. (Art. 132 pfo. 2º)</p> <p>Artículo 63 (30)</p> <p>1. El militar con mando de fuerza o unidad, Comandante de buque de guerra o aeronave militar que <u>*dejar de emprender la misión</u> encomendada o <u>no *cumpliere sus deberes y obligaciones o las órdenes recibidas</u> (relativas a la misión) ⁽³¹⁾, será castigado con la pena de dos a ocho años de prisión, cuando tuviere lugar en situación de conflicto armado</p>

³⁰ Este nuevo artículo no tiene su correlativo en el derogado CPM, si bien creemos se trata de una modalidad del delito de desobediencia.

³¹ Este inciso, que ponemos entre paréntesis, no venía recogido en el Anteproyecto, aunque sí en el Proyecto.

CPM 1985	CPM 2015
<p>Artículo 133 El militar con mando de fuerza o unidad militar, Comandante de buque de guerra o aeronave militar que, sin necesidad, realizare actos de hostilidad no autorizados ni ordenados contra potencia extranjera no enemiga, sus buques, aeronaves, personas o intereses, comprometiendo gravemente las relaciones internacionales, o exponiendo a los españoles a represalias en su persona o bienes, será castigado con la pena de uno a seis años de prisión. Cuando los actos hostiles fueren susceptibles por su gravedad de provocar una guerra contra España, se impondrá la pena de prisión de cinco a quince años. Estos mismos hechos, cometidos por imprudencia, serán castigados con la pena de</p>	<p>o estado de sitio, y con la pena de prisión de uno a seis años en los demás casos. Se podrá imponer, además, la pena de inhabilitación absoluta para el mando de buque de guerra o aeronave militar. 2. Estos mismos hechos, cometidos por imprudencia grave, serán castigados con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. En situación de conflicto armado o estado de sitio se impondrá la pena de prisión de seis meses a cuatro años.</p> <p>(32) No incorporación al nuevo Código de las conductas típicas de los arts. 133, 134, 135 y 136 <u>Realizar actos de hostilidad</u> (Art. 133) Podría reconducirse al delito del 590 del CP incluido dentro del capítulo de aquellos que comprometen la Paz o independencia del Estado</p>

³² La conducta de estos otros cuatro preceptos del derogado CPM de 1985 no ha sido incorporada, al menos de forma autónoma, al nuevo CPM de 2015, sin que tampoco el Preámbulo nos aclare nada al respecto. Solo en el tercer precepto, el verbo típico que se emplea, «el de abrir pliego», nos puede dar alguna pista sobre la causa de la desaparición y que pudiera ser la de considerarlo desfasado u obsoleto para esta época de las nuevas tecnologías. No obstante, bien pudiera haberse encontrado alguna forma sustitutiva en consonancia con esas nuevas tecnologías propias del siglo XXI.

CPM 1985	CPM 2015
<p>prisión de seis meses a cuatro años, o en su caso, inhabilitación definitiva para el mando de buque de guerra o aeronave militar.</p> <p>Artículo 134</p> <p>El militar con mando de fuerza o unidad militar, Comandante de buque de guerra o aeronave militar que, <u>voluntariamente se separe de la unidad superior</u> o formación a que pertenezca o que, habiéndose separado por causa legítima, <u>no volviera a incorporarse</u> tan pronto como las circunstancias le permitiesen, será castigado con la pena de uno a seis años de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de diez a veinte años. Estos mismos hechos, cometidos por imprudencia, serán castigados con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de seis meses a seis años de prisión.</p> <p>Artículo 135</p> <p>El jefe de una expedición militar, que, habiendo recibido <u>un pliego cerrado con instrucciones de abrirlo en lugar, tiempo u ocasión determinados, lo abriere en circunstancias distintas o, llegado el caso, no lo abriere</u> será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de tres a diez años.</p> <p>Artículo 136</p> <p>El militar con mando de fuerza, unidad, establecimiento o instalación militares o al</p>	<p><u>Separase de la Unidad superior</u> (Art. 134)</p> <p>Este delito venía recogido prácticamente en los mismos términos en el art. 157 apdo. 3º del CPM, que tampoco ha pasado al nuevo Código</p> <p><u>Abrir pliego cerrado</u> (Art. 135)</p> <p><u>No adoptar medidas a su alcance para evitar o limitar el daño</u> (art. 136) ⁽³³⁾</p>

³³ La desaparición de este tipo quizá encuentre su justificación en la creencia de que la conducta que en él se castiga pueda encontrar encaje en el artículo 53 del nuevo CPM, incardinado en el capítulo relativo a la cobardía y que ha venido a sustituir al art. 111 del derogado CPM de 1985, o incluso que esta conducta pudiese ser constitutiva de la falta grave del apartado 16 del art. 7 de la LORDFAS.

CPM 1985	CPM 2015
<p>servicio de las Fuerzas Armadas que, en circunstancias críticas para la seguridad de la fuerza o establecimiento de su mando, no adoptare las medidas a su alcance o no hiere uso de los medios disponibles para evitar o limitar el daño será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.</p> <p>Artículo 137 El militar con mando de fuerza o unidad militar, Comandante del buque de guerra o aeronave militar que <u>*no mantuviere la debida disciplina</u> en las fuerzas a su mando, <u>*tolerare a sus subordinados</u> cualquier abuso de autoridad o extralimitaciones de facultades o no <u>*procediere con la energía necesaria</u> para impedir un delito militar será castigado con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión.</p> <p>Sección 2ª Extralimitaciones en el ejercicio del mando</p> <p>Artículo 138 El militar que en el ejercicio de su mando se <u>*excediere arbitrariamente</u> de sus facultades o, prevaleándose de su empleo o</p>	<p>Artículo 64 (137) El militar con mando de fuerza o unidad, Comandante de buque de guerra o aeronave militar que <u>no mantuviere la debida disciplina</u> en las fuerzas a su mando, <u>tolerare a sus subordinados</u> cualquier abuso de autoridad o extralimitaciones de sus facultades o <u>no procediere con la diligencia</u> ⁽³⁴⁾ <u>necesaria para impedir un delito militar</u> será castigado con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo o, en su caso, la de inhabilitación absoluta para el mando de buque de guerra o aeronave militar.</p> <p>Sección 2.ª Extralimitaciones en el ejercicio del mando</p> <p>Artículo 65 (Art. 138, 139 y 143) 1. El militar que en el ejercicio del mando se <u>*excediere arbitrariamente</u> de sus facultades o, prevaleándose de su empleo, cargo o</p>

³⁴ A diferencia de lo que sucede con el resto de los tipos de esta sección, que no han dado lugar a pronunciamiento alguno de la Sala V del Tribunal Supremo, este sí que lo ha dado en al menos tres ocasiones. En la primera de ellas, la Sala confirmó la sentencia absolutoria del Tribunal *a quo* recurrida por el fiscal, razonando que el *sargento que propinó dos bofetadas* a un soldado había actuado en cumplimiento de un deber, dado que, por el artículo 137, venía obligado a proceder con la *energía* necesaria para impedir un delito militar. Con ello indirectamente ponía en tela de juicio la oportunidad o acierto de la disposición adicional 8.ª f) de la Ley 13/1991, del Servicio Militar, que vaciaba de contenido el art. 105 del CPM, por el que se declaraba «exento de responsabilidad del delito de abuso de autoridad, al superior que hubiera incurrido en el mismo si se probaba que este tuvo por objeto contener por un medio racionalmente necesario y proporcionado la comisión de delitos flagrantes de traición, rebelión, sedición, desobediencia, etc.».

CPM 1985	CPM 2015
destino, <u>*cometiere cualquier otro abuso grave</u> será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.	destino, <u>*cometiere cualquier otro abuso grave</u> ⁽³⁵⁾ será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. (Art. 138) Si <u>*empleare u ordenare ejercer</u> contra cualquier persona <u>violencias innecesarias u ordenare, permitiere o hiciere uso ilícito de las armas,</u> será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión. (Art. 139) Todo ello sin perjuicio, en su caso, de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos, conforme al Código Penal. ⁽³⁶⁾
<p>Artículo 139</p> <p>El militar que, en el ejercicio de sus funciones y sin causa justificada, <u>*empleare u ordenare ejercer contra cualquier persona violencias innecesarias</u> para la ejecución de un acto de servicio que deba realizar, u ordenare, <u>*permitiere o hiciere uso ilícito de las armas</u> será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión.</p>	2. Se impondrá la pena de tres meses y un día a un año de prisión al militar que indebidamente y maliciosamente <u>asumiere o retuviere un mando o destino.</u> (Art. 143) ⁽³⁷⁾
<p>Artículo 140</p> <p>El militar que, para fines ajenos al servicio, <u>sacare fuerza o unidad</u> de establecimiento militar o la utilizare cuando se hallare fuera del mismo será castigado con la pena de seis meses a seis años de prisión.</p>	(38) Desaparición de los arts. 140 y 141

Obsérvese, no obstante, que ahora se ha sustituido la palabra *energía* por la de *diligencia*. El cambio no creemos que sea inocuo, parece que se quiere evitar a toda costa que se pueda producir un acto de violencia física.

³⁵ Tener en cuenta que si el abuso no es grave habrá de acudirse a la falta muy grave del apdo. 5 del artículo 8, que sanciona «Las extralimitaciones en sus atribuciones y abusos en relación con sus subordinados militares o civiles, nacionales o extranjeros, cuando sean reiterados».

³⁶ El inciso final del art. 65, «sin perjuicio en su caso de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos conforme al Código Penal», que no figuraba en el anteproyecto (sí en el Proyecto), y que en las VII Jornadas de la Jurisdicción Militar, en su ponencia «Valoración del nuevo Código Penal Militar», fue objeto de reproche por el fiscal togado, en relación con los muy similares incisos que se introducen en los delitos de atentados contra la libertad e indemnidad sexuales, recogidos en los artículos 42, 47 y 49, fue ayer creo que suficientemente tratado y por ello no vamos a insistir. (Concurso ideal, concurso real, etc.).

³⁷ Metiendo aquí el contenido del derogado artículo 143, el legislador del nuevo CPM elimina la 3.^a sección del capítulo que aparecía en la redacción del CPM de 1985, con lo cual se avanza en ese propósito de resumir el número de artículos. Un propósito que aquí alcanza —como vemos— incluso al número de secciones.

³⁸ El contenido de este y del siguiente precepto desaparece en el nuevo Código, pudiendo interpretarse que las conductas que en ellos se incriminaban pudieran encontrar cobijo:

- En el precedente art. 65, dentro de la expresión abuso grave o uso ilícito de las armas.

CPM 1985	CPM 2015
<p>Artículo 141 El militar que, en una pendencia o para fines exclusivamente personales, llamare en su ayuda a centinela, unidad o fuerza armada será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión.</p>	
<p>Artículo 142 El militar que <u>expusiere a la unidad, buque o aeronave de su mando a riesgos innecesarios</u> para el cumplimiento de su misión será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.</p>	<p>Artículo 66 (Art. 142) El militar que <u>expusiere a la unidad, buque o aeronave a su mando a riesgos innecesarios</u> para el cumplimiento de su misión será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión o, en su caso, la pena de inhabilitación absoluta para el mando de buque de guerra o de aeronave militar. Si la trascendencia no fuera grave, se sancionará por vía disciplinaria militar. ⁽³⁹⁾</p>
<p>Sección 3ª Usurpación y prolongación de atribuciones</p>	
<p>Artículo 143 (art. 65.2) El militar que indebida y maliciosamente <u>asumiere o retuviere un mando o destino</u> será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.</p>	
<p>CAPÍTULO V DELITOS DE QUEBRANTAMIENTO DE SERVICIO</p>	<p>CAPÍTULO V. QUEBRANTAMIENTO DE SERVICIO ⁽⁴⁰⁾</p>
<p>Sección 1ª. Abandono de servicio</p>	<p>Sección 1.ª Abandono de servicio</p>
<p>Artículo 144 El militar que <u>abandonare un servicio de</u></p>	<p>Artículo 67 (Art. 144, 145) 1. El militar que <u>abandonare un servicio de</u></p>

- En la falta muy grave del n.º 3 del artículo 8, «Ordenar la ejecución de actos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la defensa nacional, al interés público o a los ciudadanos», de la LORDFAS.
- En la falta grave del apartado 9 del artículo 7, «Dar órdenes que sean contrarias al ordenamiento jurídico o que se refieran a cuestiones ajenas al servicio».

³⁹ Puede tratarse de la falta grave del apdo. 8 del art. 7 de la LORDFAS.

⁴⁰ En mi modesta opinión, no sé por qué se ha suprimido en la rúbrica del capítulo la expresión «delitos», pues recogiendo tres modalidades de quebrantamiento de servicio resulta más adecuado hablar de *delitos* que de *delito*.

CPM 1985	CPM 2015
<p>armas o transmisiones será castigado:</p> <p>1º) En tiempo de guerra, con la pena de diez a veinticinco años de prisión.</p> <p>2º) Frente a rebeldes o sediciosos o en circunstancias críticas, con la pena de cinco a quince años de prisión.</p> <p>3º) En los demás casos, con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.</p> <p>Artículo 145</p> <p>El militar que <u>abandonare cualquier otro servicio</u> en tiempo de guerra, frente a rebeldes o sediciosos o en circunstancias críticas, será castigado con la pena de seis meses a seis años de prisión.</p>	<p><u>armas</u> ⁽⁴¹⁾ será castigado:</p> <p>1.º Con la pena de diez a veinte años de prisión, cuando tuviere lugar frente al enemigo, rebeldes o sediciosos. (Art. 144.2)</p> <p>2.º Con la pena de cinco a quince años de prisión, cuando tuviere lugar en situación de conflicto armado o estado de sitio, fuera de las situaciones expresadas en el apartado anterior, o en circunstancias críticas. (Art. 144.1)</p> <p>3.º En los demás casos, con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. (Art. 144.3)</p> <p>2. El <u>abandono de cualquier otro servicio</u>, cuando tuviere lugar en situación de conflicto armado o estado de sitio, frente al enemigo, rebeldes o sediciosos o en circunstancias críticas, será castigado con la pena de seis meses a seis años de prisión. (Art. 145)</p> <p>3. El militar que <u>*no se presentare</u> al cumplimiento de los servicios mencionados en los números anteriores, o <u>*incumpliere sus obligaciones</u> ocasionando grave daño al servicio, será castigado con las penas allí previstas en su mitad inferior. ⁽⁴²⁾</p>

⁴¹ La eliminación que se hace de la referencia al servicio de transmisiones es comprensible si se tiene en cuenta que el artículo 6 contiene una definición auténtica de lo que ha de entenderse por *servicio de armas*, donde están incluidos los servicios de transmisiones, pero también otros (los relacionados con la navegación de buques o aeronaves), por lo que en buena lógica también debieran ser citados en el precepto estos otros servicios, si se optara como en el derogado código por citar el de transmisiones.

Este artículo, por otro lado, es paradigmático a la hora de ver cómo el nuevo CPM, en relación con las condenas y respecto de los mismos delitos del derogado CPM (y sin que sepamos muy bien el criterio), unas veces las mantiene, otras las sube y otras las baja. Si bien la tónica general es la de bajar las penalidades.

⁴² El número 3.º de este precepto introduce como novedad, dentro del delito de abandono de servicio de armas, el hecho de no presentarse a prestarlo. Esta conducta que propiamente no es abandono, al no haberse llegado a producirse la incorporación, había venido castigándose por vía del delito de desobediencia, cuando estuviese acreditado que el militar era plenamente consciente de tener nombrado el servicio, o cuando fuese llamado para acudir al mismo y no acudiese. Baste citar por todas la STS V de 19/12/2012 Quizá esta nueva fórmula resulte más adecuada al estar la conducta más próxima o emparentada con el aban-

CPM 1985	CPM 2015
<p>Sección 2ª Delitos contra los deberes del centinela</p> <p>Artículo 146 El centinela que <u>abandonare su puesto</u> será castigado:</p> <p>1º En tiempo de guerra, con la pena de quince a veinticinco años de prisión.</p> <p>2º Frente a rebeldes o sediciosos o en circunstancias críticas, con la pena de diez a veinte años de prisión.</p> <p>3º En los demás casos, con la pena de seis meses a seis años de prisión.</p> <p>Artículo 147 El centinela que <u>incumpliere sus obligaciones</u> ocasionando grave daño al servicio será castigado:</p> <p>1º En tiempo de guerra, con la pena de diez a veinticinco años de prisión.</p> <p>2º Frente a rebeldes o sediciosos o en circunstancias críticas, con la pena de cinco a quince años de prisión.</p> <p>3º En los demás casos, con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión.</p>	<p>Sección 2.ª Delitos contra los deberes del centinela</p> <p>Artículo 68 (Arts. 146 y 147)</p> <p>1. El centinela ⁽⁴³⁾ que <u>abandonare su puesto</u> será castigado:</p> <p>1.º Con la pena de diez a veinticinco años de prisión, cuando tuviere lugar frente al enemigo, rebeldes o sediciosos. (146.2º)</p> <p>2.º Con la pena de diez a veinte años de prisión, cuando tuviere lugar en situación de conflicto armado o estado de sitio, fuera de las situaciones expresadas en el apartado anterior, o en circunstancias críticas. (146.1º)</p> <p>3.º En los demás casos, con la pena de seis meses a seis años de prisión.</p> <p>2. El centinela que <u>incumpliere sus obligaciones</u>, ocasionando grave daño al servicio, será castigado con las penas señaladas en el apartado anterior en su mitad inferior. (147)</p> <p>Artículo 69 ⁽⁴⁴⁾ El militar que incumpliere sus cometidos como <u>encargado</u> de un servicio de vigilancia de los espacios aéreos, control de tránsito, conducción de aeronave o ayudas a la navegación marítima o aérea, será castigado con la pena de uno a seis años de prisión. En situa</p>

dono que con la desobediencia y teniendo en cuenta además que tiene una penalidad menor en función de que la misma, en principio, causa menos daño o riesgo que el abandono en sí, en cuanto que siempre podrá actuar el imaginaria y/o prolongar el servicio (mientras se localiza a este) aquel a quien le correspondía ser relevado.

⁴³ La definición auténtica que hace el art. 4 del nuevo CPM de 2015 coincide en esencia con la que realizaba el derogado CPM de 1985 en su art. 11

El abandono del puesto por el centinela es en cierto modo una modalidad, pero más grave, del abandono de servicio de armas.

⁴⁴ Estas personas «encargadas» creo que no pueden ser los operadores, sino sus jefes, dado que los operadores tienen la condición de centinelas y por tanto están incluidos en el número 2 del delito anterior relativo a los deberes contra los deberes del centinela.

CPM 1985	CPM 2015
<p>Sección 3ª Embriaguez en acto de servicio</p> <p>Artículo 148 El militar que, en acto de servicio de armas o transmisiones voluntaria o culposamente se <u>*embriagare</u> o <u>*drogare</u>, resultando excluida o disminuida su capacidad para prestarlo, será castigado con la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión. Cuando se trate de un militar que, en acto de servicio, ejerciere mando, se impondrá la pena superior en grado.</p> <p>CAPÍTULO VI. DELITOS DE DENEGACION DE AUXILIO</p> <p>Artículo 149 El militar que en tiempo de guerra <u>*no prestare, pudiendo hacerlo, el auxilio</u> preciso a fuerza, buque o aeronave combatientes</p>	<p>ción de conflicto armado, estado de sitio o en circunstancias críticas se impondrá la pena de prisión de diez a veinte años de prisión.</p> <p>Sección 3.ª Embriaguez e intoxicación por drogas tóxicas (45) en acto de servicio</p> <p>Artículo 70 (Art. 148) El militar que, en acto de servicio de armas, voluntaria o imprudentemente (46) <u>se *embriagare</u> (47) o <u>*consumiere drogas</u> tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, de modo que su capacidad para prestarlo desaparezca o disminuya, será castigado con la pena de tres meses y un día a un año de prisión. Cuando se cometa el hecho por un militar que, en cualquier acto de servicio, ejerciera el mando, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.</p> <p>CAPÍTULO VI DELITOS DE OMISIÓN DEL DEBER DE SOCORRO (48)</p> <p>Artículo 71 (Art. 149, 150, 151, 152) 1. El militar que <u>*no socorriere, pudiendo hacerlo</u>, a fuerza, unidad, buque de guerra o de la Guardia Civil o aeronave militar, nacionales</p>

⁴⁵ Esta apostilla referida a la intoxicación se introdujo en el Proyecto, no aparecía en el Anteproyecto.

⁴⁶ No entiendo muy bien la razón de que se castigue igual la acción dolosa que la culposa. Por otro lado, significar que, si el servicio no es de armas y salvo que se ostente el mando, el hecho de estar embriagado o consumir drogas tóxicas se castiga como falta disciplinaria muy grave del art. 8.8 de la LO 8/2014, de Régimen Disciplinario de las FAS.

⁴⁷ La referencia a la «desaparición o disminución de su capacidad de prestar el servicio» creo que ha de ir solo referida al hecho de consumir drogas, pues en relación con el otro verbo típico «embriagarse» resultaría redundante, ya que la embriaguez denota ya *per se*, un trastorno temporal de las facultades físicas o psíquicas.

Por lo demás, el apartado 19 del art. 7 de la LRDFAS contempla como falta grave el consumir bebidas alcohólicas durante un servicio de armas o portándolas.

⁴⁸ Tal y como vienen configurados en el CP los delitos de denegación de auxilio (art. 415) y el de omisión de deber de socorro (art. 195), el cambio en la rúbrica se conside-

CPM 1985	CPM 2015
<p><u>nacionales o aliados</u>, será castigado con la pena de diez a veinte años de prisión.</p> <p>Artículo 150 El militar que no prestare a una fuerza, buque de guerra o aeronave militar <u>nacional o aliada</u> en situación de peligro, el auxilio que le sea posible, será castigado con la pena de dos a ocho años de prisión.</p> <p>Artículo 151 (art. 71.2) El militar que injustificadamente no auxiliare a <u>cualquier otro buque o aeronave</u> no enemigos que se encontraren en peligro, será castigado con la pena de seis meses a seis años de prisión.</p> <p>Artículo 152 (Art.71.3) El militar que sin motivo rehusare prestar ayuda a fuerzas, buque o aeronave <u>enemigos en peligro</u>, si lo solicitase ofreciendo su rendición, será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión.</p> <p>Artículo 153 El militar que, en el ejercicio de sus funciones, fuere requerido por autoridad competente para la realización de cualquier servicio público en los que puede exigirse legalmente la cooperación de las Fuerzas Armadas</p>	<p><u>o aliados</u>, que se hallaren en situación de peligro, será castigado:</p> <p>1.º) Con la pena de cinco a quince años de prisión, cuando tuviere lugar en situación de conflicto armado o estado de sitio. (Art. 149)</p> <p>2.º) En los demás casos, con la pena de dos a ocho años de prisión. (Art 150)</p> <p>2. Se impondrá la pena respectivamente señalada en el número anterior, en su mitad inferior, cuando se trate de <u>cualquier otro buque o aeronave</u> que se hallare en situación de peligro. (art. 151)</p> <p>3. El militar que <u>no socorriere</u>, pudiendo hacerlo, a fuerza, unidad, buque o aeronave <u>enemigos</u> en peligro, cuando hubieren ofrecido su rendición, será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión. (Art. 152)</p> <p>4. Las mismas penas se impondrán al militar que, impedido de prestar socorro, pudiendo hacerlo no demandare con urgencia auxilio ajeno. ⁽⁴⁹⁾</p> <p>Artículo 72 (Arts. 153 y 154)</p> <p>1. El militar que <u>no socorriere, pudiendo hacerlo, al compañero</u> ⁵⁰ que se hallare en situación de peligro grave, será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. (Art. 154) En situación de conflicto</p>

ra acertado, pues las acciones que se recogían y que se recogen en este capítulo, si bien —como sucede en la denegación de auxilio— siempre tienen como sujeto activo a un funcionario (entendiendo por tal al militar) o a una autoridad y tienen como sustrato una conducta omisiva, suponen antes y mejor que una denegación ante un requerimiento, la «omisión del deber de socorrer a personas que se hallen desamparadas y en situación de peligro manifiesto». De hecho el *requerimiento*, propio del delito de la denegación de auxilio solo se daba en relación con los tipos del 152 y 153.

⁴⁹ El supuesto de este número 4 no se hallaba contemplado en el derogado CPM de 1985, pero sí que aparece recogido en el n.º 2 del artículo 196 del CP común, habiendo considerado oportuno el legislador incorporarlo como delito militar.

⁵⁰ Tener presente que el art. 7 apartado 26 de la LORDFAS castiga como falta grave la conducta del militar que dejare de auxiliar injustificadamente al compañero en peligro, para evitar un riesgo propio.

CPM 1985	CPM 2015
<p>y no prestare la que estuviese a su alcance, sin desatender preferente, será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión.</p> <p>Artículo 154 El militar que injustificadamente <u>dejare de auxiliar al compañero</u> en peligro grave será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.</p> <p>CAPÍTULO VII. DELITOS CONTRA LA EFICACIA DEL SERVICIO</p> <p>Artículo 155 El militar que por imprudencia <u>*causare la pérdida, graves daños o inutilización para el</u></p>	<p>armado o estado de sitio se impondrá la pena de prisión de seis meses a seis años.</p> <p>2. El militar que, durante el desempeño de una misión de colaboración con las administraciones públicas en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas, cometiere el delito del artículo 195 del Código Penal⁽⁵¹⁾, será castigado con las penas allí establecidas, incrementadas en un quinto de su límite máximo, sin perjuicio de la aplicación del artículo 21 del presente Código. (Art. 153)</p> <p>3. Se impondrán las mismas penas al militar que, impedido de prestar socorro, no demandare con urgencia auxilio ajeno pudiendo hacerlo. ⁽⁵²⁾</p> <p>CAPÍTULO VII. DELITOS CONTRA LA EFICACIA DEL SERVICIO ⁽⁵³⁾</p> <p>Artículo 73 (155) ⁽⁵⁴⁾ El militar que, en situación de conflicto armado o estado de sitio y por imprudencia grave,</p>

⁵¹ Este delito no es otro que el de omisión del deber de socorro, que en su apartado 1.º dice: «El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiere hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses».

La aplicación de este tipo del artículo 72.2 no va a tener, creo, una delimitación fácil con la falta disciplinaria muy grave del art. 8 apartado 7 de la LORDFAS, que establece: «Durante la actuación de las Fuerzas Armadas en supuestos de grave riesgo, catástrofe o calamidad u otras necesidades públicas, no prestar el auxilio posible a los ciudadanos que se encuentren en peligro [...]».

⁵² Se trata del mismo supuesto anterior, de nueva creación por tanto, pero esta vez referido no al socorro de una fuerza, unidad, buque o aeronave, sino al de un compañero u otra persona que se encuentre en peligro.

⁵³ Es, como dice el Preámbulo, uno de los capítulos que incorpora mayores novedades al presente Código, una de ellas la incriminación del tráfico ilegal de drogas tóxicas estupefacientes o sustancias psicotrópicas, con remisión al Código Penal Común, que era la más demandada por la realidad criminológica y que cuenta con abundantes ejemplos en la legislación comparada.

⁵⁴ No es este el único precepto que castiga los daños. También lo hace el artículo 27 en el capítulo de los «Atentados contra los medios o recursos de la defensa nacional» cuando estos se cometan dolosamente y con el propósito precisamente de atentar contra ellos. Y

CPM 1985	CPM 2015
<p>servicio, aun de forma temporal, de plaza, fuerza, puesto, obras o instalaciones militares, medios de transporte o transmisiones, material de guerra, aprovisionamiento u otros medios y recursos de las Fuerzas Armadas, <u>*ocasionare que caigan en poder del enemigo</u> o <u>*perjudicare gravemente una misión</u> de guerra, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años en tiempo de guerra.</p> <p>En tiempo de paz, se impondrá la pena de tres meses y un día a dos años de prisión, cuando se tratare de plaza, instalación militar, buque de guerra, aeronave militar o medio de transporte o transmisión o material de guerra.</p>	<p><u>*causare en bienes afectos a las Fuerzas Armadas o Guardia Civil los daños previstos en los artículos 264 a 266 del Código Penal</u>, <u>*ocasionare que los medios o recursos de la Defensa o Seguridad nacionales caigan en poder del enemigo</u>, o <u>*perjudicare gravemente una operación militar</u>, será castigado con la pena de seis meses a cuatro años de prisión. Fuera de la situación de conflicto armado o estado de sitio ⁽⁵⁵⁾ se impondrá la pena de prisión de tres meses y un día a dos años o multa de dos a seis meses.</p> <p>Cuando los daños causados se cometieren mediante naufragio, abordaje o varada, aterrizaje indebido o colisión con otra aeronave, o se ocasionare la pérdida de un buque de guerra o aeronave militar, se podrá imponer, además, la pena de inhabilitación absoluta para el mando de buque de guerra o aeronave militar. (art. 165, 166) ⁽⁵⁶⁾</p>

también se castigan en el art. 82, en el capítulo de los «Delitos contra el patrimonio en el ámbito militar», los daños dolosos en relación con el equipo reglamentario, materiales o efectos que estén afectados al servicio de las Fuerzas Armadas.

La zona que hemos sombreado no aparecía recogida en el Anteproyecto y se incluyó después en el Proyecto, entendemos que como una forma más breve de referirse a los objetos susceptibles de daño (plaza, fuerza, puesto, obras, instalaciones, medios de transporte, etc.) que se enumeraban en el derogado artículo 155 y que no aparecían en el Anteproyecto

Por otro lado, el nuevo precepto que castiga los daños culposos circunscribe los daños a los de los artículos 264 a 266 del Código Penal, y deja fuera los daños básicos del 263 y los daños del 267 aquellos causados por imprudencia (incluidos los causados a particulares) superiores a 80.000 €. De este modo resulta que los daños causados a particulares por imprudencia, por otro lado relativamente frecuentes en maniobras o ejercicios de tiro, no se hallan recogidos en el nuevo CPM del 2015.

⁵⁵ Observamos que así como, en este artículo 73, se ha hecho desaparecer la locución «en tiempo de guerra», la locución antónima «en tiempo de paz» que empleaba el derogado art. 155 también se elimina y se sustituye aquí por la más rebuscada de «fuera de la situación de conflicto armado».

⁵⁶ Este segundo párrafo, tal y como advierte el Preámbulo, sirve para acoger parte de los delitos náuticos que figuraban en el ahora desaparecido título VII del CPM 1985, «Delitos contra los deberes del servicio relacionados con la navegación».

Título que vino a recoger en su día una serie muy amplia y variada de conductas relacionadas con la navegación marítima o aérea que aparecían dispersas a lo largo del articulado del CJM de 1945 y que, como su nombre bien indica, atentaban contra los deberes del servicio. Conductas que muy bien pudieran haber constituido uno o más capítulos del título VI «Delitos contra los deberes del servicio», pero que se decidió fueran separados en título

CPM 1985	CPM 2015
<p>Artículo 156 Este artículo y sin que sepamos bien los motivos no pasa al nuevo CPM</p> <p>El militar que, en tiempo de guerra y estando obligado a ello, no se hallare en su puesto con la debida prontitud durante el combate, alarma u otra misión de guerra, o se colocare en estado de no poder cumplir con su deber, será castigado con la pena de prisión de uno a seis años. En tiempo de paz, se impondrá la pena de tres meses y un día a dos años de prisión, si tales hechos se realizaren en circunstancias críticas para la fuerza o unidad a que pertenezca el culpable.</p> <p>Artículo 157 (Art. 75)</p> <p>Será castigado con la pena de prisión de tres meses y un día a dos años el militar que:</p> <p>1º) Ejecutare o no impidiere en lugar o establecimiento militar actos que puedan producir incendio o estragos, u originase un grave riesgo para la seguridad de una fuerza, unidad o establecimiento de las Fuerzas Armadas.</p> <p>3º) Se separare en tiempo de guerra de la fuerza o unidad a que pertenezca, o habiéndose separado por causa legítima, no volviere a incorporarse tan pronto como las circunstancias lo permitan.</p> <p>4º) Incumpliere sus deberes militares fundamentales, causando grave daño o riesgo para el servicio. (Art. 75.3)</p>	

aparte, quizá por la relativa amplitud, no frecuente en derecho comparado, en el número de artículos dedicados a esta materia, y por la amplitud que ya de por sí tenía el título VI al que podían haber sido agregados.

Sobre las consecuencias de la desaparición de este título, agravada por la derogación de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante y el hecho de no recogerse en el Código Penal de 1995, se ha pronunciado ya el general Marín Castán en la ponencia anteriormente referida.

Este artículo cuyo párrafo primero parece querer reproducir el artículo 158, si nos fijamos detenidamente, cambia algunas cosas, sin que entendamos muy bien el motivo. Así, por ejemplo, ahora en relación con el no cumplimiento de una consigna general, este incumplimiento habrá de serlo en forma dolosa y no por imprudencia, como sucedía antes.

CPM 1985	CPM 2015
<p>Artículo 158 (Art. 74) El militar que por negligencia no cumpliere una consigna general, dejare de observar una orden recibida o causare grave daño al servicio por incumplimiento de sus deberes militares fundamentales, será castigado en tiempo de guerra con la pena de prisión de cuatro meses a cuatro años. En tiempo de paz, si concurriere negligencia grave, se impondrá la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión.</p> <p>2º) Ocultare a sus superiores averías o deterioros graves en instalaciones militares, buques de guerra o aeronave militar, medios de transporte o transmisiones, aprovisionamiento o material de guerra a su cargo.</p>	<p>Artículo 74 (Art. 158) ⁽⁵⁷⁾ El militar que <u>*no cumpliere una consigna general</u> o por <u>imprudencia *dejare de observar una orden</u> recibida será castigado, en situación de conflicto armado o estado de sitio, con la pena de prisión de cuatro meses a tres años. En los demás casos, si concurriere dolo o imprudencia grave y se causare grave riesgo o daño para el servicio, se impondrá la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión o multa de dos a seis meses.</p> <p>No obstante, en ningún caso incurrirán en responsabilidad criminal ⁽⁵⁸⁾ los militares por desobedecer una orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito, en particular contra la Constitución, o una infracción manifiesta, clara y terminante de una norma con rango de ley o del Derecho Internacional de los conflictos armados.</p>
<p>Artículo 159 (para hacer más visible la comparación con el art. 77 lo trasladamos más adelante)</p>	<p>Artículo 75 (Art. 157, 160) Será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión el militar que:</p>

⁵⁷ Esta referencia del segundo párrafo a la exención de responsabilidad criminal para los militares por desobedecer «una orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito [...]», creemos que resulta en parte inadecuada y en cualquier caso redundante. *Inadecuada* porque el precepto habla no solo de órdenes, sino también y en primer lugar de una «consigna general», que no es lo mismo que una orden. Y en cualquier caso es *redundante* en cuanto a que la no obligación de obedecer aquellas órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito, en particular contra la Constitución, viene ya recogida tanto en el propio CPM (apdo. 3 del art. 44, que castiga el delito de desobediencia) como en el art. 410 del CP (del que el CPM es complementario), así como —por si ello fuera poco— en el art. 6 apdo. 12 de la LO 9/2011, de Derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, y el art. 16 de la LO 11/2007, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil.

⁵⁸ Dejamos apuntadas aquí, no obstante, las consideraciones que el fiscal togado dejó hechas en su ponencia «Valoración del nuevo Código Penal Militar», a la que antes nos hemos referido, a propósito de la obediencia debida. Y en particular de la cabida que la misma, con determinadas limitaciones, eso sí,, podría seguir teniendo en el nuevo Código, en el que ahora ya no aparece recogida ni de manera indirecta, como se hacía en el art. 21 del derogado CPM del 1985. Y ello, en cuanto que en el CP no aparece ni rastro de la misma.

Se trata también de otro de los delitos náuticos que se salvan de la quema o desaparición del título VII «Delitos contra los deberes del servicio relacionados con la navegación» del derogado CPM de 1985.

CPM 1985	CPM 2015
<p>Artículo 160 (Art. 75) Será castigado con la pena de tres meses y un día a seis años de prisión el militar que por impericia o negligencia profesional:</p> <p>1º) Dejare de transmitir a buque, aeronave u otra unidad militar las señales, marcaciones o mensaje a que está obligado, o los diere equivocados.</p> <p>2º) Encargado de proyectar o inspeccionar la construcción, reparación o modificación de buques de guerra, aeronaves militares, obras o material de las Fuerzas Armadas, consignare errores o reformas que perjudicaren su seguridad, eficacia o potencial bélico o consintiere obras o reformas no autorizadas.</p> <p>3º) Encargado del aprovisionamiento de las Fuerzas Armadas, dejare de suministrar municiones, repuestos, víveres, efectos o elementos de importancia para el servicio, los entregare adulterados, o inservibles o autorizare su recepción o uso a pesar de no reunir las condiciones necesarias.</p> <p>4º) Incumpliere los deberes técnicos de su profesión especial dentro de las Fuerzas Armadas. (75.3)</p>	<p>1.º *<u>Ejecutare o no impidiere en lugar o establecimiento</u> afecto a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil actos que puedan producir incendio o estragos, u originare un grave riesgo para la seguridad de la fuerza, unidad, establecimiento, buque de guerra, buque de la Guardia Civil o aeronave militar. (art. 157.1)</p> <p>2.º *<u>Embarcare en buque de guerra o aeronave</u> militar drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. (Art. 177.3º) ⁽⁵⁹⁾</p> <p>3.º <u>Incumpliere</u>, con infracción de lo establecido en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas o en la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, <u>sus deberes militares fundamentales</u>, (157.4º) ⁽⁶⁰⁾ o los <u>deberes técnicos esenciales de su función específica</u>, (160.4º) ocasionando grave daño para el servicio, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos conforme al Código Penal. Cuando los hechos descritos en este apartado se cometieren por imprudencia grave, se impondrá la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión o multa de dos a seis meses. (158)</p>

⁵⁹ Ahora bien, una vez que conforme al nuevo artículo 76 (por remisión a los delitos 368 a 371 del CP) se configura como delito militar el tráfico de drogas en instalaciones militares, buques o aeronaves militares, nos encontramos con una doble incriminación o en su caso con un conflicto de normas, toda vez que el CP contempla como forma agravada la del artículo 369, 8º que castiga el tráfico, el cultivo, etc., cuando este tenga lugar en centros, establecimientos o unidades militares. Dándose además la circunstancia de que el delito hasta ahora común tiene, aun en su forma más básica, una penalidad mayor que la prevista para el hecho de embarcar drogas en buque de guerra o aeronave militar, con lo que planteada la cuestión en clave de conflicto de normas, se aplicaría siempre el CP común en función de la regla primera del artículo 12 de la LOCO y ahora también en función de lo establecido en el artículo 1.3 del CPM 2015.

Precepto este último, el 1.3 del CPM 2015, sobre cuya naturaleza penal y/o procesal igualmente se ha tratado ya.

⁶⁰ Vale cuanto dejamos dicho más arriba de que la LO 11/2007, de Derechos y deberes de la Guardia Civil, no habla ni recoge en sentido estricto deberes militares (ver nota 9).

CPM 1985	CPM 2015
<p>Artículo 159 (trasladado) El militar que se extralimite en la ejecución de un acto de servicio de armas reglamentariamente ordenado, será castigado con la pena de doce a veinticinco años de prisión <u>*si causare muerte</u>; con la pena de cinco a quince años de prisión <u>*si causare lesiones muy graves</u>, y con la pena de tres meses y un día a cinco años de prisión si produjere <u>*cualquier otro tipo de lesiones o daños</u>.</p>	<p>Artículo 76 (61) El militar que cometiere alguno de los delitos previstos en los artículos 368 a 371 del Código Penal (Delitos relativos al tráfico de Drogas) en instalaciones afectas a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil, buques de guerra, buques de la Guardia Civil, aeronaves militares, campamentos o durante ejercicios u operaciones, será castigado con las penas allí establecidas incrementadas en un quinto de su límite máximo, salvo que el lugar de comisión o la condición de autoridad o funcional del sujeto activo del delito hayan sido tenidas en cuenta por el referido Código al describir o sancionar el delito. Todo ello sin perjuicio de la aplicación del artículo 21 del presente Código. (sustitución de los trabajos en beneficio de la comunidad por la localización permanente) Serán asimismo aplicables por los Tribunales Militares los artículos 372 a 378 del Código Penal. (62)</p> <p>Artículo 77 (Art. 159) 1. El militar que, por imprudencia grave y durante la ejecución de un acto de servicio de armas, <u>causare la muerte o lesiones constitutivas de delito</u>, será castigado con las penas privativas de libertad respectivamente señaladas en el Código Penal para el homicidio o lesiones imprudentes, incrementadas en un quinto, en sus límites mínimo y máximo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 21 de este Código. (trabajos en beneficio comunidad)</p>

⁶¹ Verdadera innovación esta la de atribuir a la Jurisdicción Militar el tráfico de drogas cometido en acuartelamientos, unidades militares, etc.

⁶² Se trata de preceptos del mismo capítulo de «Delitos contra la salud Pública» que completan la regulación sobre esta materia en el CP común.

CPM 1985	CPM 2015
<p>Si la muerte, lesiones o daños se produjeran por <u>negligencia profesional</u> o <u>imprudencia</u>, será castigado con la pena de tres meses y un día a seis años. En el caso de <u>imprudencia temeraria</u> y de que se tuviera la condición de militar profesional, la pena será de tres meses y un día a ocho años de prisión.</p> <p>Artículo 161 (art. 78) Será castigado con la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión el militar que por negligencia:</p> <p>1º) Extraviare armas o material de guerra, procedimientos o documentación oficial, que tuviera bajo su custodia por razón de su cargo o destino en las Fuerzas Armadas.</p>	<p>Fuera del acto de servicio de armas, la imprudencia profesional con los resultados antes previstos, se castigará con las mismas penas. ⁽⁶³⁾</p> <p>2. Si la imprudencia no fuera grave se impondrá la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión o multa de dos a seis meses.</p> <p>Artículo 78 (Art. 161) Será castigado con la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión o multa de dos a seis meses el militar que por imprudencia grave:</p> <p>1.º *<u>Extraviare armas o material de guerra</u>, procedimientos o documentación oficial, que tuviera bajo su custodia por razón de su cargo o destino.</p>

⁶³ La redacción del precepto no ha aprovechado la oportunidad de poner en sintonía con el CP la terminología relativa a la imprudencia, aunque haya hecho un acercamiento. Se ha suprimido la que se venía utilizando (negligencia profesional, imprudencia, imprudencia temeraria) y se refiere a la imprudencia *grave, profesional y no grave*, división que no coincide con la del CP tras la reforma operada por la LO 1/2015 (imprudencia *grave*, una *menos grave* y otra *leve*, esta última despenalizada y reconducida a la esfera civil, en su modalidad de responsabilidad extracontractual o aquiliana).

Ha de destacarse igualmente —y ya anteriormente lo apuntamos— cómo en la nueva redacción se han eliminado los daños causados por imprudencia, y ello —entendemos— con cierta lógica, pues los mismos aparecen recogidos en el nuevo artículo 73, aunque con la exclusión de los daños básicos de los artículos 263 y 267 (salvo que concurra alguna de las circunstancias del 264) y referidos únicamente a los daños del 264 al 266.

Por otro lado, la redacción del precepto no va a estar exenta —como sucedió con su predecesor— de múltiples dudas interpretativas. Así:

1.ª) ¿Cabe apreciar la imprudencia profesional (y no solo por imprudencia grave) si se causa la muerte o lesiones constitutivas de delito en la ejecución de un servicio de armas? ¿Qué pasa, por ejemplo, si un artificiero o un experto en determinado carro de combate comete una imprudencia en el manejo de los explosivos o del carro? ¿No sería ello imprudencia profesional?. Yo creo que sí.

2.ª) ¿Cabe la imputación por imprudencia grave (y no solo por imprudencia profesional) tratándose de otro servicio distinto del de armas? Yo también creo que sí. Otra cosa sería desconocer la distinción, dogmática, entre la imprudencia profesional y la imprudencia *del profesional*.

3.ª) La pena prevista en el n.º 2 del precepto por imprudencia no grave ¿se da solo en las muertes o lesiones producidas en la ejecución de un servicio de armas? ¿O se da también en cualquier otro tipo de servicio?

4.ª) ¿Dentro de la imprudencia no grave está incluida también la leve, aun cuando esta en el CP se ha despenalizado?

CPM 1985	CPM 2015
2º) Diere lugar a la evasión de prisioneros de guerra, presos o detenidos, cuya conducción o custodia le estuviere encomendada.	2.º * <u>Diere lugar a la evasión de prisioneros de guerra, presos o detenidos, cuya conducción o custodia le estuviere encomendada.</u> (64)

5.ª) ¿Cuál es el motivo (al margen de la de no haberse incluido dentro del catálogo de penas del nuevo art. 11) para que, a diferencia de lo que sucede en el CP, no se contemple como pena añadida en los casos de imprudencia profesional la de «inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo»? La imprudencia profesional —como es sabido— supone un plus de antijuricidad (consecuencia directa de la infracción a la *Lex Artis*) que lleva consigo una pena adicional, que consiste en todos los casos del CP —como se puede observar— en inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un determinado periodo.

Este precepto ha sido objeto de crítica por el fiscal togado en la ponencia a la que ya hemos hecho mención. Allí criticaba que se excluyesen los resultados dolosos, afirmando:

«—como es sabido— la *extralimitación dolosa* en acto de servicio de armas también fue omitida en la redacción originaria del CPM de 1985 y tuvo que ser introducida por la Disposición Adicional 8 de la Ley 4/1987, de 15 de julio, al comprobarse muy tempranamente la laguna que suponía su omisión, tras los graves supuestos que la realidad mostró (ej. centinela que hizo ejercicio de tiro con personas reales que transitaban por la calle, o los cuerpos de guardia en los que se jugaba a la ruleta rusa...). Y por ello añadía: «A nuestro juicio, solo puede tratarse de un olvido involuntario que debe ser corregido tan pronto se pueda, pues se trata de uno de los más graves delitos específicamente militares cuya comisión puede producirse tanto en tiempo de normalidad como de conflicto armado».

Respecto a este reproche creo debe tenerse en cuenta que en la nueva redacción desaparece la referencia a la «extralimitación», con lo que yo entiendo— que si la muerte o lesiones son dolosas, aunque estas se produzcan en el transcurso de un servicio de armas, estaremos en presencia de un delito de atentado, maltrato a centinela, abuso de autoridad, de insulto a superior, etc. o en su caso de un delito común de lesiones, homicidio, o asesinato. Si el soldado, supongamos, que ha concebido la idea de matar a su teniente o capitán, por ejemplo, aprovecha la oportunidad que el hecho de encontrarse prestando un servicio de armas, le brinda, por ser portador de estas y lleva a cabo la acción de matar, estaremos —como ya he dicho— ante un delito de insulto a superior. Lo mismo que estaremos ante un homicidio o asesinato si, intencionadamente, decide matar a un viandante por el puro placer de hacerlo, o porque lo conoce y quiere eliminarlo.

En uno de los borradores de la LOCO (en el último) que ha llegado a mis manos, veo que a través de una disposición transitoria se trata de modificar este precepto, volviendo a recogerse la «extralimitación» y donde además —en lo que para mí sería un paso atrás— se rescata el término «imprudencia temeraria».

⁶⁴ Si el comportamiento fuese el doloso, ya vimos que entraría en juego la aplicación del tipo penal común (471 CP), bien que enjuiciado por los órganos de la jurisdicción militar, en aplicación de lo dispuesto en la disposición final primera, apdo. 2, 1 bis del propio CPM 2015.

Si la imprudencia fuese otra distinta de la grave (leve o menos grave), cabría tipificarlo quizá como falta leve en alguno de los apartados 5 u 11 del art. 6 de la LRDFAS, o bien en alguna de las faltas graves del mismo texto legal: apdos. 12 y 15 del artículo 7.

CPM 1985	CPM 2015
<p>CAPÍTULO VIII. DELITOS CONTRA EL DECORO MILITAR</p> <p>Artículo 162 El Oficial General, Oficial o Suboficial que públicamente agrediese a otro militar será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.</p> <p>Artículo 163 El militar que, en tiempo de guerra, y para apropiárselos, despojare de sus vestidos, dinero u otros efectos a <u>un herido, enfermo o náufrago perteneciente a las Fuerzas Armadas españolas o aliadas</u>, será castigado con</p>	<p>CAPÍTULO VIII. DELITOS CONTRA OTROS DEBERES DEL SERVICIO (65)</p> <p>(66) Desaparición del 162</p> <p>(67) Desaparición del art. 163</p>

⁶⁵ Se ha hecho desaparecer la referencia al «decoro militar», descendiente distorsionada o empequeñecido —se decía— del honor. La inclusión en el derogado CPM de 1985 del término *decoro* parece que fue una consecuencia de la desaparición nominal del término *honor* (que sin duda no es patrimonio exclusivo de los militares, es verdad) que aparecía en el CJM de 1945 como bien jurídico protegido (había un título dedicado a los «Delitos contra el honor») y del que sin embargo en 1985 no se quiso prescindir por completo, y esa es la razón de que se incluyese el decoro como sucedáneo del honor militar. Ahora se ha considerado oportuno dar el paso definitivo y ya no queda rastro del honor, ni siquiera en su forma menor que constituía el decoro.

No obstante, sigue apareciendo el decoro en el apartado 27 del artículo 6 de la LRDFAS, que castiga como falta leve «el realizar actos contrarios al decoro exigible a los miembros de las Fuerzas Armadas». E indirectamente también en el apartado 26 del mismo precepto, «Ofender a un compañero con acciones o palabras indecorosas o indignas».

⁶⁶ Esta conducta, tratándose de militares del mismo empleo, que es cuando entraba en juego, pues de otro modo lo haría por la vía del insulto a superior o abuso de autoridad, parece que haya de reconducirse al ámbito disciplinario. Bien la falta leve del apartado 28 del art. 6 LRDFAS, bien la falta grave del apdo. 28 del art. 7 LORDFAS.

⁶⁷ La desaparición de este precepto, en cierto modo congruente con la desaparición del título II «Delitos contra las leyes y usos de la guerra», me parece adecuada, pues la conducta que en él se describe es algo más que indecorosa, no va contra el decoro, sino contra la comunidad internacional y, más concretamente, «contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado», encontrando su reflejo en el número 7 del artículo 612 del CP, que castiga con la pena de prisión de tres a siete años, a «aquel que despoje de sus efectos a un cadáver, herido, enfermo, náufrago, prisionero de guerra o persona civil internada»

El Anteproyecto trató —sin éxito— de mantener en este capítulo el castigo de «La mutilación o ultraje de un cadáver caído en acción de guerra», así como el «no adoptar las medidas al alcance para la búsqueda y recogida de heridos, enfermos o náufragos, tanto propios como del enemigo».

Al no haber sido recogidos expresamente en el CPM, cabe pensar que estos habrán de ser protegidos por la Jurisdicción Militar a través de la aplicación de tratados internacionales (vía art. 12.3 o 13.1 de la LOCO), y en último término por la jurisdicción ordinaria a través del delito de «profanación de cadáver» al que se refiere el artículo 526 del CP.

CPM 1985	CPM 2015
<p>la pena de tres a diez años de prisión. Si el hecho se ejecutare con cualquier género de violencia física contra las indicadas personas, se impondrá la pena en su mitad superior.</p> <p>El militar que, en campaña, y para apropiárselos, despojare de dinero, alhajas u otros efectos personales que sus <u>compañeros de armas muertos</u> en el campo de batalla llevaran sobre sí, será castigado con la pena de dos a ocho años de prisión.</p> <p>Se impondrá la misma pena al militar que <u>*mutilare un cadáver caído</u> en acción de guerra o lo ultrajare.</p> <p>Artículo 164</p> <p>El militar que usare pública e intencionadamente uniforme, divisas, distintivos o insignias militares, medallas o condecoraciones que no tenga derecho a usar, será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.</p>	<p>Artículo 79 (Art. 164)</p> <p>El militar que usare pública e intencionadamente uniforme, divisas, distintivos o insignias militares, medallas o condecoraciones que no tenga derecho a usar, ⁶⁸será castigado con la pena de tres meses y un día a un año de prisión</p>
	<p>Artículo 80 (Art. 181)</p> <p>El militar que, obligado a ello, dejase de promover la persecución de delitos de la competencia de la Jurisdicción Militar o que teniendo conocimiento de su comisión no lo pusiere en inmediato conocimiento de sus superiores, o no lo denunciase⁶⁹ a autoridad</p>

⁶⁸ Hay que tener presente el contenido del apartado 15 del art. 6 (falta leve) de la LR-DFAS que sanciona a quien «ostente insignias, condecoraciones u otros distintivos militares o civiles sin estar autorizado para ello».

⁶⁹ Ha de tenerse presente que se castiga como falta grave (apdo. 30 art. 7) el no denunciar actos que, de cualquier modo, atenten contra la intimidad, la dignidad personal o en el trabajo o supongan discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género o sexo, orientación e identidad sexual, religión, convicciones, opinión, discapacidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Y por otro lado se castiga como falta muy grave la del apartado 6 del art. 8 consistente en «Omitir por imprudencia la adopción de las medidas a su alcance para evitar o perseguir la infracción por sus subordinados de los deberes establecidos por el derecho internacional aplicable a los conflictos armados».

CPM 1985	CPM 2015
	competente, será castigado con la pena de tres meses y un día a un año de prisión. ⁽⁷⁰⁾
<p>TÍTULO V Delitos contra la Hacienda en el ámbito militar</p> <p>Artículo 189. El militar que, simulando necesidades para el servicio o derechos económicos a favor del personal, <u>*solicitare la asignación de crédito presupuestario</u> para atención supuesta, será castigado con la pena de prisión de tres meses y un día a dos años.</p>	<p>TÍTULO V Delitos contra el Patrimonio en el ámbito militar</p> <p>Artículo 81. (Art. 189) 1. El militar que, simulando necesidades para el servicio o derechos económicos a favor del personal, <u>*solicitare la asignación de crédito presupuestario</u> para atención supuesta, será castigado con la pena de prisión de tres meses y un día a dos años.</p>

⁷⁰ Este precepto, que según confesión hecha ayer mismo por el general Villasante no sabían dónde colocarlo, es lo único que ha pasado al nuevo CPM de todos los delitos contra la administración de la justicia militar que se recogían en el derogado CPM del 1985 (arts. 180 al 187).

Efectivamente, en el Proyecto de CPM se incluía un título V, bajo la rúbrica «Delitos contra la administración de justicia», con un solo artículo, el 82, con tres apartados. El primero de los cuales decía: *«El que cometiere cualquiera de los delitos contra la administración de justicia previstos en los capítulos I al VII del Título XX del Libro II del Código Penal, en relación con los delitos y procedimientos militares o respecto a los órganos judiciales militares, será castigado con la pena respectivamente prevista en tales artículos, sin perjuicio de la aplicación del artículo 21 de nuestro Código»*. (Este precepto, el 21, preveía la sustitución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad que pudiera resultar de remisiones al Código penal común, como la que aquí se hacía, fuese sustituida por la de dos meses y un día de prisión. No obstante, el texto aprobado establece que la pena será la de localización permanente de dos meses y un día a tres meses).

Ahora bien, la inclusión de este título en el Proyecto contó con la oposición de todos los Grupos parlamentarios. Así, el Grupo Socialista dijo que la remisión sin más a los tipos recogidos en el Código Penal (que se hacía en el párrafo 1.º), así como que el bien jurídico fuese el buen funcionamiento de la administración de justicia, hacían que el hecho de que el sujeto activo fuere un militar o que dicho delito se produjera dentro de la esfera de la jurisdicción militar no suponían elementos *per se* que otorgasen carácter militar a estos delitos.

En consecuencia, al prosperar la enmienda, el artículo y con ello el título desaparecen en el texto definitivo. No obstante, a pesar de ello, la competencia para conocer de estos delitos seguirá siendo competencia de la Jurisdicción Militar en tanto que la disposición final primera, apartado 2 de la LO 14/2015, que aprueba el nuevo CPM, modifica la LOCO en el sentido de añadir a su artículo 12, aquel que señala la competencia de la Jurisdicción Militar en tiempo de paz, un nuevo apartado, el 1 bis, el cual atribuye a esta todos los delitos contra la administración de justicia previstos en el CP, cuando sean cometidos en relación con los delitos y procedimientos militares o respecto de los órganos judiciales militares y establecimientos penitenciarios militares.

CPM 1985	CPM 2015
<p>Si las cantidades así obtenidas <u>*se aplicaren en beneficio propio</u>, se impondrá la pena de dos a diez años, que graduará el Tribunal atendiendo en especial al lucro obtenido.</p> <p>Artículo 190. (Ver el art. 7 apdo. 37 LORDFAS)</p> <p>El militar que empleare para sus fines particulares elementos asignados al servicio o los facilitare a un tercero, será castigado con la pena de prisión de tres meses y un día a dos años, a no ser que el hecho revista escasa entidad que será corregido por vía disciplinaria.</p> <p>Artículo 191. (Art. 83)</p> <p>El militar que, prevaliéndose de su condición, <u>*se procurase intereses en cualquier clase de contrato u operación</u> que afecte a la Administración Militar, será castigado con la pena de prisión de tres meses y un día a seis años.</p> <p>Artículo 192. (Art. 84)</p> <p>El militar que, encargado del aprovisionamiento de las Fuerzas Armadas, <u>*sustituyere unos efectos por otros o *alterase sus cualidades fundamentales</u> o características específicas, será castigado con la pena de prisión de uno a seis años.</p> <p>En tiempo de guerra se impondrá la pena de tres a diez años de prisión.</p> <p>Artículo 193.</p> <p>El que, en tiempo de guerra o estado de sitio, habiendo contratado con la Administración Militar, <u>*incumpliere en su</u></p>	<p>2. Si las cantidades así obtenidas <u>*se aplicaren en beneficio propio</u>, se impondrá la pena de dos a diez años de prisión, que graduará el Tribunal atendiendo en especial al lucro obtenido.</p>

CPM 1985	CPM 2015
<p><u>integridad las obligaciones</u> contraídas o <u>*las cumplieren en condiciones defectuosas</u> que desvirtúen o impidan la finalidad del contrato será castigado con la pena de dos a ocho años de prisión. Los mismos hechos, cometidos por imprudencia, serán castigados con la pena de prisión de tres meses y un día a dos años.</p> <p>Podrá imponerse, además, la suspensión de las actividades de la empresa por un periodo de uno a tres años y, en caso de especial gravedad, la incautación o disolución de la misma.</p> <p>Artículo 194 . El militar que incumplieren las normas sobre material inútil, declarando como tal al que todavía se encontrase en condiciones de prestar servicio, o sustrayendo al control reglamentario, en beneficio propio, al que merezca esta calificación, será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años.</p> <p>Artículo 195. (Art. 82) El militar que <u>*destruyere, *deteriore, *abandonare</u> o <u>*sustrajere, total o parcialmente</u>, el equipo reglamentario, materiales o efectos que tenga bajo su custodia o responsabilidad por razón de su cargo o destino, será castigado con la pena de prisión de tres meses y un día a dos años, siempre que su valor sea igual o superior a la cuantía</p>	<p>Artículo 82. (Art. 195) Ver el Art. 7 apdo. 38 LRDFAS</p> <p>1. El militar que <u>*cometiere los delitos de hurto, robo, apropiación indebida o daños</u> ⁽⁷⁰⁾ previstos en el Código Penal en relación con el equipo reglamentario, materiales o efectos que tenga bajo su custodia o responsabilidad por razón de su cargo o destino, será castigado con las penas establecidas en el Código Penal para</p>

⁷¹ Hay que tener presente que los daños leves en las cosas y los hurtos de escasa cuantía constituyen la falta leve del número 32 del artículo 6 de la LRDFAS, e incluso algunas conductas también pudieran derivarse hacia la falta leve también del número 33, consistente en «El descuido en la conservación del armamento, material o equipo de carácter oficial».

CPM 1985	CPM 2015
<p>mínima establecida en el Código Penal para el delito de hurto.</p> <p>Si se refiere a material de guerra, armamento o munición, se impondrá la pena de uno a seis años de prisión.</p> <p>Si estos hechos revistieren especial gravedad, se impondrá la pena de tres a diez años de prisión.</p> <p>Artículo 196. (Art. 82.2) El militar que sustrajere o receptare (Art. 85) material o efectos que, sin tenerlos bajo su cargo o custodia, estén afectados al servicio de las Fuerzas Armadas, será castigado con la pena de prisión de tres meses y un día a dos años, siempre que su valor sea igual o superior a la cuantía mínima establecida en el Código Penal para el delito de hurto.</p> <p>Si se refiere a material de guerra, armamento o munición, se impondrá la pena de seis meses a seis años de prisión.</p> <p>Si estos hechos revistieren especial gravedad, se impondrá la pena de dos a ocho años de prisión.</p>	<p>tales delitos impuestas en su mitad superior. (Art. 195 pfo.1)</p> <p>2. Si el militar no tuviere el equipo, material o efectos, afectados al servicio de las Fuerzas Armadas o de la Guardia Civil, bajo su custodia o responsabilidad, el límite mínimo de las penas previstas en el Código Penal se incrementarán en un quinto. (Art. 196 pfo. 1)</p> <p>3. Si se tratare de material de guerra o armamento, cualquiera que fueran su valor y el autor, incluso cuando éste no tenga la condición de militar, se impondrá la pena incrementada en un quinto de su límite máximo. (Art. 196.2)</p> <p>4. Será de aplicación, en su caso, el artículo 21 del presente Código.</p> <p>Artículo 83. (Art. 191) El militar que, prevaliéndose de su condición, <u>*se procurase intereses en cualquier clase de contrato u operación que afecte a la Administración militar o cometiese el delito previsto en el artículo 441 del Código Penal</u>, será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión, pudiendo imponerse, además la pena de pérdida de empleo.</p>

CPM 1985	CPM 2015
<p>Artículo 197. (Art. 85) El que, con conocimiento de su ilícita procedencia, adquiriere o tuviere en su poder los efectos a que hacen referencia los dos artículos anteriores, será condenado a la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. Si se trata de material de guerra, armamento o munición, se impondrá la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión. Si el hecho revistiere especial gravedad, se impondrá la pena de seis meses a seis años de prisión.</p>	<p>Artículo 84. (Art. 192) El particular o empresario que, en situación de conflicto armado o estado de sitio, habiendo contratado con la Administración Militar, <u>*incumpliére en su integridad las obligaciones contraídas</u> o las <u>*cumpliére en condiciones defectuosas</u> que desvirtúen o impidan la finalidad del contrato, cuando resulten afectados los intereses de la Defensa nacional, será castigado con la pena de uno a ocho años de prisión. Asimismo podrán imponerse las consecuencias accesorias previstas en el artículo 129 del Código Penal.</p> <p>Artículo 85. (Art. 197) El que, con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio en el ámbito militar en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice, ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo o reciba, adquiera (art. 196) u oculte tales efectos, será castigado con las penas y medidas previstas en cada caso por los artículos 298, 303 y 304 del Código Penal.</p>

DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

José Leandro Martínez-Cardós Ruiz
Letrado Mayor del Consejo de Estado

I. Comentario general de doctrina legal: El deber de comparecer de las autoridades y funcionarios de la Administración General del Estado ante las comisiones de investigación de las asambleas legislativas. II. Doctrina legal del Consejo de Estado.

I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL

El Consejo de Estado ha emitido en los últimos años diversas consultas sobre el alcance de la potestad de las comisiones de investigación constituidas en las asambleas legislativas de las comunidades autónomas en relación para requerir la competencia de autoridades y funcionarios de la Administración General del Estado y para solicitar la remisión de documentación. En concreto, se han evacuado, entre otros, los siguientes dictámenes:

a) El dictamen 34/2003, de 6 de febrero, relativo a una consulta en la que se preguntaba si la «Comisión no permanente de investigación de las causas de la catástrofe del petrolero Prestige», constituida en el Parlamento de Galicia, tenía potestad para requerir la comparecencia de autoridades, funcionarios o agentes de la Administración General del Estado, así como la remisión de documentación referida a la ejecución de funciones de la competencia de esta.

b) El dictamen 852/2012/643/2012, de 26 de julio, relativo a una consulta formulada en relación con los requerimientos de comparecencia y docu-

mentación dirigidos a determinadas autoridades y personal del Banco de España y del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria por la «Comisión no permanente especial de Investigación sobre el proceso que ha llevado a la intervención por parte del Banco de España, el pasado 21 de julio, de la Caja de Ahorros del Mediterráneo (CAM), con la destitución de todos los gestores, en un proceso de reestructuración dirigido a un nuevo intento de privatización que incluso podría desembocar en la desaparición de la sociedad», constituida en las Cortes Valencianas.

c) El dictamen 194/2013, de 28 de febrero, relativo a una consulta planteada respecto de la solicitud de comparecencia de un expresidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores ante la misma comisión no permanente especial de investigación de las Cortes Valencianas a la que ya se ha hecho alusión.

d) El dictamen 992/2013, de 14 de noviembre, relativo a una consulta suscitada en relación con los requerimientos de comparecencia y documentación dirigidos respectivamente al gobernador y exgobernador del Banco de España por la «Comisión de Investigación para analizar y evaluar la evolución económico-financiera de las antiguas cajas de ahorros y las causas y responsabilidades de su actual situación, incluyendo las indemnizaciones millonarias de sus exdirectivos», constituida en el Parlamento de Galicia; con los requerimientos de documentación remitidos al ministro de Economía y Competitividad y al gobernador del Banco de España y las solicitudes de comparecencia de altos cargos y ex altos cargos del Banco de España y del Gobierno y dicho Ministerio formuladas por la «Comisión de Investigación sobre las posibles responsabilidades derivadas de la actuación y la gestión de las entidades financieras y la posible vulneración de los derechos de los consumidores», constituida en el Parlamento de Cataluña; y con el requerimiento de documentación enviado al gobernador del Banco de España por la «Comisión no permanente de Investigación para el esclarecimiento del proceso de integración de Monte de Piedad y Caja General de Ahorros de Badajoz en Banco Caja3, y sobre la situación en la que se encuentra actualmente la entidad Caja de Badajoz», constituida en el Parlamento de Extremadura.

e) El dictamen 157/2015, de 9 de abril, relativo a una consulta planteada respecto del requerimiento de documentación dirigido al Ministerio de Economía y Competitividad por la «Comisión de Investigación constituida para esclarecer los motivos y depurar responsabilidades en torno a la desaparición de la Caja de Ahorros de Navarra (CAN)», constituida en el Parlamento de Navarra.

A la vista de las consultas emitidas, se ha conformado un cuerpo de doctrina legal que se puede sintetizar en los siguientes extremos:

A) LAS COMISIONES DE INVESTIGACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

El artículo 76 de la Constitución consagra las comisiones de investigación sobre cualquier asunto de interés público. Dichas comisiones (que se regulan en los artículos 40 y siguientes del Reglamento del Congreso de los Diputados y 49 y siguientes del Reglamento del Senado) podrán ser nombradas por el Congreso, por el Senado o por ambas cámaras conjuntamente; y su finalidad principal no es otra que servir de instrumento a las Cortes Generales para el ejercicio de su función de control de la acción del Gobierno (artículo 66 del texto constitucional).

A los parlamentos autonómicos corresponde el control de la acción de los Gobiernos de las comunidades autónomas, como resulta del artículo 152 de la Constitución. En particular, les corresponden las funciones de controlar la acción del Gobierno, exigir, en su caso, la responsabilidad política del presidente y de su gobierno y ejercer el control parlamentario sobre la acción de la Administración situada bajo la autoridad de la comunidad autónoma, según disponen las disposiciones aplicables. En tal sentido, los estatutos señalan que los presidentes de las comunidades autónomas son políticamente responsable ante sus asambleas legislativas.

La mayor parte de los demás estatutos de autonomía (con las excepciones de Castilla y León, Madrid, Navarra, Galicia, Canarias, La Rioja o País Vasco, cuyos estatutos no prevén expresamente la existencia de estas comisiones) se refieren a las comisiones de investigación al hilo de las funciones de control y de exigencia de responsabilidad que encomienda a las asambleas legislativas. Y así, establecen que, con esta finalidad —la de ejercer el control parlamentario sobre la acción de la Administración situada bajo la autoridad de la Generalidad—, se podrán crear, en su caso, comisiones especiales de investigación o atribuir esta facultad a las comisiones permanentes.

Así pues, como se precisa en el mencionado dictamen 34/2003, «las Comisiones de Investigación vienen considerándose como instrumentos de control, entendido este, en sentido amplio, como actividad de inspección e investigación, verificación, valoración o enjuiciamiento que puede fijar no solo la responsabilidad política del Gobierno, sino una influencia en la orientación política del Gobierno o en la actitud del cuerpo electoral; son, pues,

instrumentos de fiscalización del Gobierno». De ahí que, aun cuando pueda reconocerse «el llamado carácter “polivalente” de las Comisiones de Investigación» e identificarse el aspecto de obtención de información e investigación acerca de un hecho, difícilmente puede desvincularse, al menos, de un juicio o valoración acerca de la actuación de los órganos políticos intervinientes y de su eventual responsabilidad política. «Es decir, que no son valorativamente —políticamente— neutras, por más que sus conclusiones tampoco sean jurídicamente vinculantes», en la medida en que constituyen una «manifestación de la función de control» del Poder Ejecutivo por las Cortes Generales (sentencias del Tribunal Constitucional 177/2002, de 14 de octubre, y 208/2003, de 1 de diciembre).

Los reglamentos de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas establecen disposiciones que definen las comisiones de investigación de la siguiente o análoga manera: «son comisiones no permanentes las que se crean eventualmente con un fin concreto; se extinguen a la finalización del trabajo encomendado y, en todo caso, al concluir la legislatura», pudiendo ser «de investigación o especiales para el estudio de un asunto concreto». Su creación se atribuye por lo general al Pleno de las asambleas. Una vez creadas, se prevé que elaborarán un plan de trabajo, podrán nombrar ponencias en su seno y requerir la presencia, de acuerdo con la normativa aplicable y por medio del presidente o presidenta de las asambleas, de cualquier persona para que sea oída. Los extremos sobre los que deba informar la persona requerida deberán serle comunicados con una antelación mínima de tres días. Sus conclusiones se plasman en un dictamen que es discutido en el Pleno de la cámara siguiente a su aprobación, publicado en los correspondientes boletines oficiales.

B) EL OBJETO DE LAS COMISIONES DE INVESTIGACIÓN CREADAS POR LOS PARLAMENTOS AUTONÓMICOS. SU VINCULACIÓN AL ÁMBITO COMPETENCIAL DE LA RESPECTIVA COMUNIDAD AUTÓNOMA

El posible objeto de las comisiones de investigación que puedan crear las asambleas parlamentarias autonómicas ha de conectarse necesariamente con el ejercicio del control parlamentario sobre la acción de la Administración situada bajo su autoridad. Pero, al mismo tiempo, dicho objeto se perfila en ocasiones en términos genéricos y abiertos, por referencia a «cualquier asunto de interés público para la Comunidad».

A falta de un pronunciamiento específico del Tribunal Constitucional sobre esta cuestión, el Consejo de Estado ha señalado reiteradamente que no

parece que la constitución de dichas comisiones pueda vincularse a la mera existencia de un genérico «interés público», sino que este necesariamente ha de estar comprendido o conectado con el ámbito competencial propio de la comunidad autónoma.

C) LOS REQUERIMIENTOS DE COMPARECENCIA Y DE REMISIÓN DE DOCUMENTACIÓN EFECTUADOS POR LAS COMISIONES DE INVESTIGACIÓN

Desde las consideraciones que se acaban de exponer y una vez delimitado el alcance y finalidad que debe corresponder a las comisiones de investigación creadas por parlamentos autonómicos, el Consejo de Estado ha examinado si el ejercicio de las facultades que, para el ejercicio de su función fiscalizadora y de control, se otorgan a las comisiones de investigación autonómicas es susceptible de generar una obligación de comparecencia o de remisión de documentación que recaerá sobre autoridades, funcionarios y personal no vinculado a la Administración autonómica en cuestión.

La regulación de la comparecencia ante las comisiones de investigación se encuentra, respecto de las Cortes Generales, en los Reglamentos del Congreso (artículo 52) y del Senado (artículo 60), que se remiten a la Ley prevista en el artículo 76.2 de la Constitución. Esta es la Ley Orgánica 5/1984, de 24 de mayo, de comparecencia ante las comisiones de investigación del Congreso y del Senado o de ambas Cámaras, que establece la obligación de comparecencia ante dichas comisiones y precisa los requisitos que ha de cumplir el oficio de requerimiento. Debe hacerse notar que esta ley no resulta aplicable a las comisiones creadas por los órganos parlamentarios autonómicos, aun cuando haya habido algunos intentos de modificación para extender su regulación a las comisiones de investigación de los parlamentos o las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, especialmente a partir de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que en su artículo 502.1 prevé el delito de incomparecencia voluntaria ante las citadas comisiones.

En cuanto a los requerimientos de documentación —a cuyo incumplimiento el mencionado artículo 502 no anuda consecuencia penal alguna— y por lo que se refiere, en concreto, a las entidades financieras, debe hacerse notar que el Real Decreto-ley 5/1994, de 29 de abril, por el que se regula la obligación de comunicación de determinados datos a requerimiento de las comisiones parlamentarias de investigación, establece que, bajo determinadas condiciones, «la Administración Tributaria y las entidades de crédito, entidades aseguradoras, sociedades o agencias de valores, sociedades gestoras

de instituciones de inversión colectiva, establecimientos financieros de crédito y, en general, cualesquiera entidades financieras, deberán proporcionar cuantos datos, informes, antecedentes o documentos les sean requeridos por las Comisiones Parlamentarias de Investigación a que se refiere el artículo 76 de la Constitución».

Los reglamentos de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas regulan la comparecencia ante las comisiones parlamentarias, distinguiendo unas normas sobre las comisiones en general y otras sobre las comisiones no permanentes. Entre las primeras, se establece por lo general que las comisiones podrán:

- Recabar la información y documentación que precisen de la Administración autonómica afectada, de los servicios de la propia cámara y de cualquier autoridad de su ámbito.

- Requerir la presencia ante ellas de los miembros del Gobierno autonómico, altos cargos de la Administración de la comunidad autónoma, así como autoridades y funcionarios públicos competentes por razón de la materia objeto del debate, para que informen acerca de los extremos sobre los que fueran consultados.

- Solicitar la presencia de otras personas con la misma finalidad.

- Y solicitar tanto de la Administración del Estado como de la Administración local información y documentación sobre materias de interés para la comunidad afectada.

A pesar de la diversidad de formulaciones que ofrecen los reglamentos parlamentarios autonómicos, si se toman en consideración los elementos subjetivo —autoridades, funcionarios y demás personal de la comunidad autónoma en cuestión— y objetivo —competencia autonómica en la materia de que se trate— que necesariamente han de delimitar el ámbito de actuación de las comisiones de investigación creadas por los parlamentos autonómicos, no cabe sino concluir que las potestades de las comisiones de investigación han de interpretarse «de forma congruente con su objeto y finalidad, de modo que su poder fiscalizador y de control, al requerir la presencia de determinadas autoridades y funcionarios [y la remisión de determinada documentación], no pueda considerarse ilimitado, sino que habrá de ajustarse al ámbito propio de actuación de las instituciones autonómicas. Tales facultades han de circunscribirse, por tanto, a la actuación en su ámbito competencial de las autoridades y funcionarios de la comunidad autónoma según el bloque de la constitucionalidad. Solo así se atiende al fin institucional propio de las comisiones de investigación creadas por un parlamento autonómico orienta-

das a ‘investigar’ y ‘controlar’ la actuación de los responsables públicos de la propia comunidad autónoma» (dictamen 34/2003 antes citado). Las anteriores consideraciones —formuladas por el Consejo de Estado cuando ya estaba en vigor el artículo 502 del Código Penal— conservan su vigencia en la actualidad.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado, en su dictamen 47997, de 29 de julio de 1986, entendió que el control parlamentario de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas debe circunscribirse a la actuación de los órganos y autoridades de la propia comunidad autónoma, sin que pueda alcanzar a órganos y autoridades ajenos a su ámbito de competencia, como son los de la Administración del Estado, debiendo alcanzarse análoga conclusión en cuanto al requerimiento de documentación hecho al Banco de España en alguna ocasión (dictamen 852/2012/643/2012, de 26 de julio). De esta manera, cobra sentido la previsión contenida en los reglamentos parlamentarios autonómicos para el caso de que los funcionarios o autoridades no comparezcan y no justifiquen tal comparecencia en el plazo establecido por la comisión, o no respondan a la petición de información en el plazo indicado al efecto, en cuyo caso el presidente de la asamblea legislativa correspondiente lo comunicará a la autoridad o al funcionario superior correspondiente por si fuera procedente exigirles alguna responsabilidad.

Es cierto que existe un principio de colaboración entre el Estado y las comunidades autónomas, afirmado por reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (entre muchas otras, sentencias 18/1982, de 4 de mayo, 181/1988, de 13 de octubre, 204/2002, de 31 de octubre, y 109/2011, de 22 de junio) y presente, respecto de las distintas Administraciones Públicas, en el artículo 4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. También hay que tener en cuenta el principio de transparencia y el deber de «facilitar a las otras Administraciones la información que precisen sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus propias competencias» (artículo 4.1.c de la Ley 30/1992).

Sin embargo, del antedicho principio de colaboración no se infiere en el presente caso la posibilidad de interferencia entre competencias y potestades que han de desenvolverse en su respectivo y propio ámbito. Y no hay que olvidar que el propio artículo 4 de la Ley 30/1992, en su apartado 3, señala que la asistencia y cooperación podrá negarse «cuando el ente al que se solicita no esté facultado para prestarla, no disponga de medios suficientes para ello o, cuando de hacerlo, causara un perjuicio grave a los intereses cuya tutela tiene encomendada o al cumplimiento de sus propias funciones».

Por consiguiente, cuando las autoridades requeridas son órganos ajenos al ámbito competencial de la comunidad autónoma requirente, la obligación de comparecer ante la comisión de investigación constituida, no se advierte el incumplimiento de un deber de comparecencia derivado de las comunicaciones del presidente de las asambleas legislativas si esta se produce.

D) LOS SUJETOS REQUERIDOS. ESPECIAL REFERENCIA A LOS REGÍMENES JURÍDICOS DEL BANCO DE ESPAÑA Y DEL FONDO DE REESTRUCTURACIÓN ORDENADA BANCARIA

Los requerimientos dirigidos a diversas autoridades y personal del Banco de España y del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) han sido objeto de una especial consideración, habida cuenta la singular posición de estos organismos. Es claro, estos organismos son ajenos al ámbito competencial de las comunidades autónomas y los sujetos requeridos lo son en atención, precisamente, al ejercicio de competencias también ajenas al ámbito autonómico, siendo irrelevante, a los efectos que ahora se examinan, el hecho de que en el momento de efectuarse los requerimientos algunos de ellos ya no vinieran desempeñando el cargo en cuestión.

El Consejo de Estado ha venido aplicando los criterios expuestos en el caso de solicitudes de comparecencia de autoridades y funcionarios de la Administración General del Estado.

Por otra parte, gran número de los requerimientos de comparecencia por parte de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas han sido consecuencia de la constitución de comisiones de investigación encaminadas a examinar las causas que condujeron a la crisis de las cajas de ahorro. Dichos requerimientos han tenido como destinatarios a autoridades o funcionarios del Banco de España y del FROB. La especial configuración institucional de ambas entidades dio lugar a la fijación de una doctrina específica sobre la materia, que puso de manifiesto la importancia de las cautelas de que se rodea el ejercicio de sus funciones, en garantía del interés público que preside la ordenación monetaria y crediticia del Estado.

Respecto del Banco de España, el Consejo ha señalado que, en su condición de miembro del Sistema Europeo de Bancos Centrales, le resulta de aplicación el Protocolo n.º 4 sobre los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo, anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE C 83, de 30 de marzo de 2010).

El artículo 7 de dicho Protocolo impone una exigencia de total independencia: «Cuando ejerzan las facultades que les confieren los Tratados y los presentes Estatutos y desempeñen las funciones y deberes correspondientes, ni el BCE, ni los bancos centrales nacionales, ni ningún miembro de sus órganos rectores recabarán ni aceptarán instrucciones procedentes de las instituciones, órganos u organismos de la Unión, de ningún Gobierno de un Estado miembro ni de ningún otro organismo». Por su parte, el artículo 37 regula el secreto profesional, estableciendo en su apartado 1 que «los miembros de los órganos rectores y el personal del BCE y de los bancos centrales nacionales, incluso después de cesar en sus funciones, no deberán revelar información que, por su naturaleza, esté amparada por el secreto profesional».

En el ordenamiento jurídico interno, es la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España, la que sienta las bases para alcanzar un grado de autonomía e independencia del Banco que permita responder a las exigencias que en tal sentido establecen las normas europeas. A los efectos que ahora interesan, hay que referirse a la regulación del deber de secreto, al que se refiere el artículo 6.1 de la mencionada Ley. Según dicho precepto, «los miembros de sus órganos rectores y el personal del Banco de España deberán guardar secreto, incluso después de cesar en sus funciones, de cuantas informaciones de naturaleza confidencial tuvieran conocimiento en el ejercicio de sus cargos. La infracción de dicho deber se sancionará, en el caso del personal del Banco de España, de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento interno del Banco; y, en el caso de los miembros de sus órganos rectores, de acuerdo con lo previsto en el artículo 29».

Por su parte, el artículo 6 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre Adaptación del Derecho vigente en materia de Entidades de Crédito al de las Comunidades Europeas, establece diversas previsiones en materia de «colaboración en la información y secreto profesional»:

– Apartado 2. «Los datos, documentos e informaciones que obren en poder del Banco de España en virtud de cuantas funciones le encomiendan las leyes tendrán carácter reservado y no podrán ser divulgados a ninguna persona o autoridad».

– Apartado 3. «Todas las personas que desempeñen o hayan desempeñado una actividad para el Banco de España y hayan tenido conocimiento de datos de carácter reservado están obligadas a guardar secreto. El incumplimiento de esta obligación determinará las responsabilidades penales y las demás previstas por las leyes. Estas personas no podrán prestar declaración ni testimonio ni publicar, comunicar o exhibir datos o documentos reservados, ni siquiera después de haber cesado en el servicio,

salvo permiso expreso otorgado por el órgano competente del Banco de España. Si dicho permiso no fuera concedido, la persona afectada mantendrá el secreto y quedará exenta de la responsabilidad que de ello dimanará».

– Apartado 4. «Se exceptúan de la obligación de secreto regulada en el presente artículo: 1) Las informaciones requeridas por una Comisión Parlamentaria de Investigación en los términos establecidos en su legislación específica».

Esta excepción, sin embargo, no abre la puerta a los requerimientos efectuados por cualquier comisión de investigación, pues debe ponerse en conexión con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 6.2 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, según el cual «el acceso de las Cortes Generales a la información sometida al deber de secreto se realizará a través del Gobernador del Banco, de conformidad con lo previsto en los Reglamentos parlamentarios. A tal efecto, el Gobernador podrá solicitar motivadamente de los órganos competentes de la Cámara la celebración de sesión secreta o la aplicación del procedimiento establecido para el acceso a las materias clasificadas».

Esta previsión menciona únicamente a las Cortes Generales, siendo la redacción vigente —destaca el informe del departamento jurídico del Banco de España— el resultado de una enmienda transaccional en la que, precisamente, se eliminaba la mención a los parlamentos autonómicos que recogía el texto inicialmente presentado. Por tanto, parece claro que la excepción solo ha de entenderse referida a las comisiones de investigación constituidas en el seno de las Cortes Generales.

La misma conclusión cabe alcanzar si se toma en consideración lo dispuesto por el artículo 6.2 de la Ley de Autonomía del Banco de España, con arreglo al cual «el deber de secreto se entiende sin perjuicio de las obligaciones de información sobre política monetaria impuestas al Banco de España por el artículo 10 de esta Ley [en relación con las Cortes Generales y el Gobierno], y de lo dispuesto en las disposiciones específicas que, en aplicación de las directivas de la Comunidad Europea en materia de entidades de crédito, regulan la obligación de secreto de las autoridades supervisoras»; y por el apartado 3 de dicho precepto, que reproduce exactamente el tenor literal del segundo párrafo del artículo 6.2 del Real Decreto Legislativo 1298/1986.

Por su parte y respecto del FROB, creado por el Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, sobre Reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito, se hizo hincapié en que tiene por objeto gestionar los procesos de reestructuración de entidades de crédito y contribuir a reforzar sus recursos propios (artículo 1.2), a través de la adopción, entre otras, de medidas preventivas, de saneamiento y de reforzamiento

de los recursos propios y de la aprobación de operaciones de financiación. Tiene una dotación mixta a cargo de los Presupuestos Generales del Estado y de las aportaciones de los Fondos de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios, Cajas de Ahorro y Cooperativas de Crédito (artículo 2).

Se trata de un fondo con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada para el desarrollo de sus fines, cuyo régimen jurídico singular (artículo 1.4) se contiene en el mencionado Real Decreto-ley 9/2009 y en sus normas de desarrollo, siendo supletorio el régimen aplicable a los Fondos de Garantía de Depósitos en Entidades de Crédito. No está sometido a las previsiones contenidas en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, ni le serán de aplicación las normas que regulan el régimen presupuestario, económico-financiero, contable, de contratación y de control de los organismos públicos dependientes o vinculados a la Administración General del Estado, salvo por lo que respecta a la fiscalización externa del Tribunal de Cuentas. Tampoco está sujeto a las disposiciones de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

El FROB está regido y administrado por una comisión rectora (artículo 3) integrada por nueve miembros designados por un periodo de cuatro años y renovables por una sola vez (2 en representación del Ministerio de Economía y Hacienda —uno de ellos de la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos y otro de la Secretaría de Estado de Economía—, 4 a propuesta del Banco de España —entre ellos necesariamente el subgobernador— y 3 en representación de los Fondos de Garantía de Depósitos), correspondiendo la presidencia al subgobernador.

Sus miembros están obligados a guardar secreto de cuanta información conozcan en virtud de su participación en las tareas del Fondo, no pudiendo hacer uso de la misma para finalidades distintas del cumplimiento de las funciones encomendadas al FROB (artículo 3.6).

En uso de la facultad establecida en el artículo 3.3 del Real Decreto-ley 9/2009, la comisión rectora del FROB ha aprobado sus normas de organización y funcionamiento. La norma 1.7.3 prevé el nombramiento de un director general, al que otorgará las facultades que estime convenientes (salvo aquellas que tengan carácter indelegable). El director general no tiene por qué ser miembro de la comisión rectora, pero asistirá, con voz pero sin voto, a sus reuniones (norma 1.6.7).

En este contexto y aunque el deber de secreto se impone expresamente solo a los miembros de la comisión rectora, resulta plenamente coherente con la finalidad perseguida a través de dicha cautela que la misma exigencia se traslade al director general. Pues, aun no siendo necesariamente miembro de

dicha comisión, sí asiste a sus reuniones (con voz pero sin voto), tiene acceso a toda la información que allí se maneja y —lo que es más importante— participa activamente en la toma de decisiones, a través de las funciones cuyo ejercicio la comisión rectora pueda delegarle (de acuerdo con lo establecido en el propio Real Decreto-ley 9/2009 y en la norma 1.7) y de las propias que se le atribuyan, debiendo, en consecuencia, quedar igualmente obligado a guardar secreto.

De otra parte, el artículo 7.2 del Real Decreto-ley 9/2009, al regular los procesos de reestructuración con intervención del FROB, establece lo siguiente:

«En los supuestos previstos en el apartado precedente, el Banco de España acordará la sustitución provisional de los órganos de administración o dirección de la entidad afectada así como cualesquiera otras medidas cautelares que estime oportuno al amparo de lo establecido en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito y demás normas que resulten de aplicación. Estas medidas se mantendrán hasta tanto se lleven a cabo las medidas en que se concrete el plan de reestructuración a que se refiere el apartado 3 siguiente. A la medida cautelar de sustitución provisional de los órganos de administración o dirección le resultará de aplicación el régimen previsto en el título III de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, con las siguientes especialidades:

a) El Banco de España designará como administrador provisional al Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria que, a su vez, nombrará a la persona o personas físicas que, en su nombre, ejercerán las funciones y facultades propias de esa condición.

b) En el plazo de un mes desde su designación, el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria elaborará un informe detallado sobre la situación patrimonial y la viabilidad de la entidad y someterá a la aprobación del Banco de España un plan de reestructuración de la entidad que permita la superación de la situación de dificultad en que se encuentre mediante su fusión con otra u otras entidades de reconocida solvencia o el traspaso parcial o total de su negocio a otra u otras entidades a través de la cesión global o parcial de sus activos y pasivos mediante procedimientos que aseguren la competencia, como, entre otros, el sistema de subasta. A petición razonada del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, el Banco de España podrá ampliar el citado plazo hasta un máximo de seis meses. Simultáneamente, el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria elevará al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas y al Ministro de Economía y Competitividad una memoria económica en la que se detalle el impacto financiero del plan de

reestructuración presentado sobre los fondos aportados con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. Sobre la base de los informes emitidos por la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera y por la Intervención General de la Administración del Estado, el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas podrá oponerse, motivadamente, en el plazo de cinco días hábiles desde que le sea elevada dicha memoria.

Desde el momento de su designación como administrador provisional de una entidad de crédito y en tanto se elabora el plan de reestructuración al que se refiere la letra b anterior, el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria podrá, temporalmente, suministrar los apoyos financieros que se precisen de acuerdo con el principio de la utilización más eficiente de los recursos públicos».

A la vista de la previsión que se acaba de transcribir, concluyó el Consejo que parece claro que también se proyecta sobre el administrador provisional —el FROB— y sobre las personas físicas que este designe al efecto el deber de secreto que resulta del artículo 6 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, antes examinado. Por consiguiente, tampoco en el caso del Banco de España y del FROB están obligados sus autoridades y funcionarios a comparecer ante las comisiones de investigación creadas por las asambleas legislativas de las comunidades autónomas.

II. DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

1. El asunto dictaminado tiene por objeto una reclamación de unos eventuales daños y perjuicios sufridos por el solicitante a resultas de la interrupción de un procedimiento expropiatorio. Dicha interrupción no es consecuencia de un desistimiento formal adoptado por la Administración. Es fruto de una cesación o suspensión derivada, una reprogramación presupuestaria fundada en la Instrucción de 22 de julio de 2010, del secretario de Estado de Planificación e Infraestructuras del Ministerio de Fomento, que se dictó en aplicación de los acuerdos del Consejo de Ministros de 29 de enero y de 20 de mayo de 2010, de no disponibilidad de créditos presupuestarios durante 2010. En otros términos, la Administración ha dejado en suspenso el procedimiento expropiatorio, pero no lo ha abandonado formalmente.

En efecto, aprobado el proyecto de construcción de la obra «48-MU-5420. Autovía del Reguerón», la Demarcación de Carreteras del Estado en Murcia comenzó el procedimiento expropiatorio. Previa citación del hoy reclamante, el 10 y el 12 de marzo de 2009 se suscribieron las actas previas

a la ocupación respecto de las parcelas identificadas con los números 631 y 704, respectivamente, propiedad de aquel. Después, y solo en relación con la finca 631, se continuó el procedimiento, firmándose el 19 de mayo de 2010 el acta de ocupación —aunque materialmente la finca no llegó a ocuparse— y el acta de pago de depósito previo por rápida de ocupación, de acuerdo con lo establecido en el apartado 4 del artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa.

La parte solicitante reclama diversas cantidades, pues sostiene que la cesación del procedimiento expropiatorio le ha ocasionado perjuicios. En concreto, expone que abandonó la vivienda afectada por la expropiación y se procuró otra en las proximidades por su incoación.

Como ha señalado este Consejo de Estado en reiteradas ocasiones, los perjuicios derivados de la tramitación de un procedimiento de expropiación forzosa se han de reconducir a su seno. No obstante, cuando la Administración no lo continúa, cabe encauzarlos a través del instituto de la responsabilidad patrimonial, tanto si dicha interrupción se debe a un desistimiento expreso (así desde el dictamen de 21 de julio de 1988, número 51939) como si se debe a una paralización o cesación efectiva respecto de la que no existe un acuerdo formal que la justifique (dictamen 860/2012, de 20 de septiembre).

En todo caso y con carácter previo al examen de la reclamación, hay que reiterar lo dicho en el último dictamen citado, el 860/2012. La interrupción o cesación de los procedimientos expropiatorios *sine die*, sin un acuerdo formal de desistimiento, constituye una práctica desacertada. La incertidumbre sobre si continuarán o no algún día y, en caso afirmativo, sobre cuándo lo harán, afecta negativamente a los propietarios de los inmuebles, condiciona su aprovechamiento económico y constituye una lesión de su derecho.

A este respecto, conviene recordar el criterio sentado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que, al examinar un caso en que un inmueble de propiedad privada había estado sujeto durante muchos años a una prohibición de construir por motivo de una expropiación acordada pero ejecutada (sentencia de 17 de octubre de 2002, asunto Terazzi SRL contra Italia, número 27265/95, fundamentos jurídicos 91 y 92), declaró:

«Las circunstancias del caso, notablemente la incertidumbre duplicada de la inexistencia de todo recurso interno eficaz susceptible de paliar la situación litigiosa combinado con las cortapisas al pleno disfrute del derecho de propiedad y la falta de indemnización, conducen al Tribunal a considerar que la demandante ha tenido que soportar una carga especial y

exorbitante que ha roto el justo equilibrio que debe reinar entre las exigencias de interés general y la salvaguardia del respeto a los bienes (...).

En conclusión, ha existido una violación del artículo 1 del Protocolo número 1».

Este parecer fue ratificado en otra sentencia del mismo Tribunal, de 12 de julio de 2011 (asunto Maioli contra Italia, número 18290/02), que declaró la violación del artículo 1 del Protocolo número 1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, y fijó una indemnización de daños y perjuicios en un caso análogo. En concreto, en sus fundamentos jurídicos 62 a 64 y 66, la sentencia decía:

«Resulta que el terreno litigioso ha sido objeto de un permiso para ser expropiado y de limitaciones a la construcción de manera continua desde 1975 (...) y hasta 2008, es decir, cerca de treinta y tres años. El Tribunal estima que durante todo el periodo en cuestión (...) los demandantes han permanecido en una incertidumbre total sobre el destino de su propiedad, pues la expropiación podía tener lugar en todo momento y el terreno podía ser objeto de otra prohibición con vistas a su expropiación por el siguiente plan de urbanismo. El Tribunal hace notar que el Derecho interno no ha permitido remediar la incertidumbre que afectaba al inmueble de los interesados. Estima también que la existencia, durante todo el periodo en cuestión, de prohibiciones de construir sobre el terreno ha restringido el pleno disfrute del derecho de propiedad de los demandantes y ha acentuado las repercusiones dañosas sobre su situación, debilitando considerablemente, entre otras cosas, las posibilidades de vender el terreno. Por fin, constata que los demandantes no han obtenido indemnización».

El Consejo de Estado considera que la sujeción de unas fincas a un procedimiento expropiatorio iniciado en el que se han levantado las actas previas a la ocupación determina una situación de afección a los derechos individuales que no puede prolongarse de modo indefinido. El hecho de que la Ley de Expropiación Forzosa no contemple de modo expreso un plazo para terminar el procedimiento expropiatorio no habilita para extenderlo *sine die*. No se puede olvidar que, en el capítulo V del título II de esta ley, rotulado «Responsabilidad por demora», se prevé un plazo de seis meses desde el inicio del expediente expropiatorio para fijar el justiprecio por resolución definitiva, con indemnización del interés legal en caso contrario (artículo 56), y otro plazo también de seis meses para el pago del justiprecio, con la misma indemnización si se sobrepasa (artículo 57), añadiendo la garantía de una nueva valoración si se excede de dos años tal pago (artículo 58).

De otra parte, la paralización de facto y sin fecha prevista para reanudar las actuaciones puede resultar gravosa para la Administración. Si se llegaran a proseguir algún día, es muy posible que los derechos sobre el inmueble hayan cambiado tras muchos años desde el levantamiento del acta previa a la ocupación —han transcurrido ya más de tres y medio en el caso presente—, con lo que las publicaciones a que se refiere el artículo 52, apartado 2, de la Ley de Expropiación Forzosa habrían de reiterarse y, probablemente, debería repetirse también el trámite del levantamiento del acta ante la eventual existencia de otros interesados. Además, los expropiados podrían invocar el artículo 56 citado de la misma ley y exigir el interés legal del justiprecio a partir de los seis meses del inicio del expediente, lo que encarecería no poco la expropiación.

Así pues, en el asunto consultado, en el que no hay indicios de una pronta reanudación del procedimiento expropiatorio urgente, la Administración ha de desistir de él, con notificación a los interesados. Lo que no puede es abandonarlo, suspenderlo y cesar de hecho en la tramitación.

Por lo demás, este Cuerpo Consultivo considera que la mera falta de un desistimiento formal del procedimiento expropiatorio —cuando se ha comprobado una interrupción sin visos de pronta continuación— no puede privar a los afectados de las indemnizaciones por los daños irrogados que les serían reconocidas en el supuesto de desistimiento. Además, como se ha señalado, la existencia misma de un procedimiento expropiatorio sin culminar afecta negativamente a los propietarios de los inmuebles y condiciona su aprovechamiento económico.

Procede, por tanto, examinar la reclamación formulada por la parte reclamante. Esta pide la indemnización de diversos eventuales perjuicios.

La partida principal reclamada es la de 150.000 euros correspondiente a la adquisición de una vivienda en B. por parte de la hija del reclamante. Dejando a un lado la cuestión de una eventual falta de legitimación del Sr. García para formular dicha reclamación —toda vez que no es titular ni de la vivienda ni del negocio jurídico de adquisición y gravamen—, el Consejo de Estado considera que procede desestimar esta pretensión. La adquisición de un inmueble no supone un perjuicio, ya que su precio se corresponde con los derechos dominicales adquiridos. Y ello tanto si se paga al contado como si se difieren los pagos mediante una financiación bancaria en condiciones de mercado. La parte reclamante ocupa la vivienda nueva y, por tanto, está disfrutando de ella. De este modo, no pueden reembolsarse los pagos hechos para formalizar o reembolsar el préstamo hipotecario ni los eventuales intereses dejados de percibir por los fondos propios invertidos. No son cantidades que se hayan

perdido, sino que se han incorporado a la vivienda en cuestión, de su propiedad.

Además, en el caso presente, no está acreditado que la decisión de adquirir la nueva vivienda por parte de la hija del reclamante se debiera a la iniciación del expediente expropiatorio. La compraventa tuvo lugar el 5 de marzo de 2008. El procedimiento expropiatorio se inició en marzo de 2009. Pero incluso cuando así hubiere sido, de dicha decisión no se ha seguido un empobrecimiento u otro daño para su titular.

Tampoco son indemnizables los eventuales gastos de mudanza y alquiler solicitados. No han quedado acreditados en el expediente mediante la aportación de la correspondiente prueba documental.

Reclama por otra parte la parte solicitante la cantidad de 6.912 euros correspondiente al justiprecio de las fincas afectadas fijado por el órgano expropiante. Justifica su pretensión en el hecho de que, siendo la superficie de la parcela 631 de 322 metros cuadrados y de la 704 de 359 metros cuadrados, la total afectada es de 681 metros cuadrados. Y, habida cuenta que la Demarcación de Carreteras estableció un precio de 10,15 euros por metro cuadrado, el importe de la indemnización a percibir es el citado de 6.912 euros.

El Consejo de Estado considera que esta partida debe ser igualmente desestimada. La reclamante pretende que se le abone el valor íntegro de las fincas afectadas por el procedimiento expropiatorio, cuya titularidad sin embargo conserva. Es decir, que se le abone el justo precio de unos bienes de cuya titularidad no se ve privada.

Igual suerte desestimatoria debe correr la petición de abono de los intereses por demora en la determinación efectiva del justiprecio —1800,04 euros—, que funda la parte reclamante en el artículo 56 de la Ley de Expropiación Forzosa. Previene este precepto que, cuando hayan transcurrido seis meses desde la iniciación legal del expediente expropiatorio sin haberse determinado por resolución definitiva el justo precio de las cosas o derechos, la Administración expropiante culpable de la demora estará obligada a abonar al expropiado una indemnización que consistirá en el interés legal de aquel.

La indemnización prevista en el artículo 56 de la Ley de Expropiación Forzosa tiene carácter de obligación accesorias respecto de la principal del pago de justiprecio. Forma parte, como obligación eventual, del cortejo de deberes secundarios que acompaña a la prestación principal, que es el abono del justiprecio. Pues bien, si no nace la obligación de abonarlo, no puede nacer tampoco el referido deber secundario de pagar intereses.

En el caso presente, la frustración del procedimiento expropiatorio no comporta la pérdida de los bienes para su titular. Antes al contrario, los conserva. La Administración no los adquiere y, en consecuencia, no abona justiprecio alguno de los bienes. Por consiguiente, al no nacer la obligación de pago del justo precio, no se origina tampoco la de abonar los intereses a que se refiere el artículo 56 de la Ley de Expropiación Forzosa.

Reclama, finalmente, la parte solicitante la cantidad de 829,45 euros como indemnización por expropiación no finalizada con base en la aplicación del porcentaje de 12% del valor de las fincas, conforme a la jurisprudencia de Tribunal Supremo recogida, entre otras, en la sentencia 4159/2002, de 8 de junio.

Es palmario, como se ha señalado, que el solo hecho de que se inicie un procedimiento expropiatorio, aunque no llegue a rematarse por la Administración, ocasiona un perjuicio efectivo al eventual expropiado en la medida que le priva de toda expectativa, presente o futura, de utilización económica de los bienes objeto de expropiación, tanto si se trata de su explotación directa como si se versa sobre su disponibilidad a efectos de transmisión o de garantía crediticia. En el caso presente, los inmuebles no han sido ocupados materialmente por la Administración. Es más, la parcela 704 —donde se ubica la vivienda— no llegó ni a ser ocupada jurídicamente, pues no se levantó la correspondiente acta. Pero estas circunstancias no empecen la existencia de unos perjuicios para el reclamante derivados de la pendencia del procedimiento expropiatorio, que ha dificultado por lo menos su venta o arrendamiento. No ofrece duda, por tanto, que la sujeción de los inmuebles a la expropiación forzosa determina una disminución de su valor, como señalara el Consejo de Estado en su dictamen 860/2012, antes citado.

Afirmada la existencia de un daño, la cuestión radica en cuantificar la indemnización. En el mencionado dictamen, este Cuerpo Consultivo optó por abonar a la entonces parte reclamante una cantidad a tanto alzado. El solicitante —y acoge el planteamiento el Consejo de Obras Públicas— utiliza como criterio cuantificador del perjuicio sufrido el 12% de la suma de los valores estimados para los bienes ocupados, invocando cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La doctrina jurisprudencial aducida —que arranca de la sentencia de 8 de junio de 2002— no resulta de aplicación estricta al caso. Está sentada para los supuestos en que, tras existir una ocupación ilegal de unos bienes por parte de la Administración, se devuelven. En el caso presente, la ocupación no puede tildarse de ilegal. Tenía la correspondiente cobertura procedimental. Ahora bien, al proporcionar un criterio cierto de valoración

—el 12% del valor de los bienes ocupados—, la referida doctrina puede utilizarse analógicamente en los supuestos —como el consultado— en que se ha cernido sobre las fincas de la parte reclamante la limitación cierta de la existencia de un procedimiento expropiatorio —que se ha prolongado desde marzo de 2009 hasta el mes de noviembre de 2013—.

Por ello, el Consejo de Estado considera adecuada la cuantificación que hace el Consejo de Obras Públicas para este concepto solicitado. En concreto, el montante lo fija en 17.538,61 euros, correspondiente al 12% del valor de los bienes afectados que, de acuerdo con el fijado por la Demarcación de Carreteras del Estado en Murcia, asciende a 146.155,05 euros.

(Dictamen 799/2015, de 14 de abril de 2016)

BIBLIOGRAFÍA

RECENSIÓN DE LIBROS

**ZONAS PROTEGIDAS Y OPERACIONES DE MANTENIMIENTO
DE LA PAZ. LECCIONES IDENTIFICADAS Y LECCIONES
APRENDIDAS EN CONMEMORACIÓN DEL 20.º ANIVERSARIO
DE LA MASACRE DE SREBRENICA**

Autores: Susana De Tomás Morales (coord.),
Cristina Amich Elías, José Ángel López Jiménez
y Abraham Martínez Alcañiz
Editorial Dykinson, Madrid, 2016, 289 pp.
*Por: General auditor director de la REDEM
Manuel Hernández-Tejero García*

La profesora propia agregada de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales y directora del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho (ICADE) de la Universidad Pontificia Comillas Dra. D.^a Susana De Tomás Morales ha dirigido y coordinado, con tres juristas de reconocido prestigio y especializados en conflictos internacionales. como son el profesor de la misma Universidad Pontificia, historiador y politólogo, Dr. D. José Ángel López Jiménez y los capitanes auditores del Cuerpo Jurídico Militar y doctores en Derecho D.^a Cristina Amich Elías y D. Abraham Martínez Alcañiz, una obra ciertamente destacable sobre uno de los episodios más oscuros y terribles de la guerra de los Balcanes, más concretamente, sobre la matanza genocida cometida por fuerzas militares y paramilitares serbo-bosnias al mando del general Mladic, ante la pasividad del batallón holandés de UNPROFOR (Fuerza de Protección de las Naciones Unidas) a las órdenes del teniente coronel Karremans, sobre miles de civiles bosnio-musulmanes, indefensos y desarmados, en la ingenuamente clasificada como zona segura (*safe area*)

establecida en Srebrenica (localidad situada al noreste del territorio de Bosnia-Herzegovina y pieza clave desde un punto de vista geoestratégico) en julio de 1995.

La obra que ahora se recensiona, fruto del proyecto de investigación sobre «Zonas protegidas y operaciones de mantenimiento de la paz. Lecciones identificadas y lecciones aprendidas en conmemoración del 20.º aniversario de la masacre de Srebrenica», patrocinado por la Oficina de Derechos Humanos del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación español, viene a determinar, en efecto, los errores cometidos por la comunidad internacional a la hora de hacer frente a los crímenes contra el derecho de gentes ocurridos en el territorio de la antigua Yugoslavia, con operaciones de la denominada «limpieza étnica» fruto del nacionalismo xenófobo, excluyente y radical del ejército serbio frente a los grupos bosnios musulmanes, cuando parecía que en la vieja y civilizada Europa y con la memoria relativamente reciente de los genocidios y atrocidades cometidos en la Segunda Guerra Mundial por los jefes nazis y soviéticos nunca jamás habría de darse lugar a otra tragedia similar.

Nos encontramos ante un magnífico trabajo de investigación en los tres órdenes: histórico, político y jurídico, en el que la profundidad de análisis y las profusas fuentes documentales utilizadas no son obstáculo para una notable claridad de exposición que hace francamente amena su lectura y que se estructura en cinco capítulos.

El primero, bajo el título «El camino hacia Srebrenica: los conflictos yugoslavos», contiene un detallado análisis cronológico de los factores históricos, políticos y sociales que desencadenaron el conflicto en la antigua Yugoslavia, desde el proceso de desintegración del territorio (1991) hasta los Acuerdos de Paz firmados en Dayton (EE. UU.) en diciembre de 1995.

El segundo capítulo lleva por título «Srebrenica: el análisis de las responsabilidades a la luz de los diversos informes oficiales». Aquí recogen, debidamente clasificados, ordenados y comentados, toda una serie de informes realizados por diversos organismos oficiales acerca de los sucesos de Srebrenica. Informes oficiales de Naciones Unidas, de las comisiones de investigación parlamentaria de Francia, Holanda, República de Sprska y Bosnia-Herzegovina, de institutos de investigación y de organizaciones no gubernamentales, como Human Rights Watch. Estos dos capítulos han corrido a cargo del profesor López Jiménez.

El capítulo tercero, «Zonas de seguridad y operaciones de mantenimiento de la paz: ¿Dos conceptos compatibles tras la matanza de Srebrenica?», ha sido redactado por la profesora De Tomás Morales. En él se analizan varios errores cometidos en la valoración de la situación real de

la zona de operaciones. El primero y principal, el hecho de establecer una zona de protección para la población civil sin contar con el acuerdo de las partes beligerantes, siendo así que precisamente esa población civil era uno de los principales objetivos de las fuerzas militares serbias de Bosnia, bajo el eufemismo de «limpieza étnica». Se analizan asimismo los pasos que ha dado la comunidad internacional en estos veinte años desde la masacre de Srebrenica, articulando instrumentos jurídicos para que dicha tragedia, al menos en el plano teórico, no se repita: en definitiva, para que las lecciones identificadas se conviertan en lecciones aprendidas.

En el capítulo cuarto, y bajo el título «La evolución de las operaciones de mantenimiento de la paz y la protección de los civiles: ¿Lecciones aprendidas de la matanza de Srebrenica?», se examinan de manera pormenorizada y minuciosa por la capitán auditor Amich Elías las sucesivas resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, así como informes en orden a la protección de la población civil en el desarrollo de operaciones de mantenimiento de la paz acordadas por el Alto Organismo, que se concreten en mandatos claros, específicos y adecuados a cada país o situación. Por ello, a dichos mandatos debe seguir un planeamiento operacional y táctico con concretas asignaciones de tareas, recursos y capacidades.

El último capítulo, el quinto con el que culmina la obra, se dedica a «La criminalización de la barbarie: de los Tribunales Internacionales Penales *ad hoc* al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional». Su autor, el capitán auditor Martínez Alcañiz, nos describe el camino recorrido, no exento de dificultades y tropiezos constantes (¿injerencia, intervención humanitaria o responsabilidad de proteger?), por la comunidad internacional para lograr el establecimiento e instauración de órganos judiciales internacionales, independientes e imparciales (¿justicia de vencedores?), susceptibles de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado frente a crímenes atroces de lesa humanidad y contra el derecho de gentes, cometidos o instigados por líderes políticos o militares. Así, el recorrido va desde los Tribunales Internacionales de Nüremberg y del Lejano Oriente para juzgar y castigar los crímenes del nazismo y del Imperio japonés durante la Segunda Guerra Mundial, hasta la creación de la Corte Penal Internacional en Roma (1998).

Enhorabuena a los autores de esta obra por el magnífico trabajo de investigación realizado, merecedor por derecho propio de ocupar un lugar destacado en los anaqueles de la biblioteca dedicados al estudio de nuestro pasado más reciente como europeos y conscientes de que un episodio tan trágico como el que aquí se analiza —una guerra civil con miles de víctimas en pleno corazón de Europa en la década de los 90

del pasado siglo, inconcebible a priori— ocurrió ante el desconcierto de la comunidad internacional, que tarde y mal acertó a poner freno a la situación. Porque nuestros errores son el mejor maestro, hagamos votos por arbitrar los medios para que una catástrofe similar jamás pueda repetirse; que puedan, en definitiva, evitarlo las lecciones identificadas y aprendidas de Srebrenica.

**NUEVAS AMENAZAS Y DESAFÍOS PERMANENTES.
EL ESTADO ISLÁMICO EN EL ESCENARIO INTERNACIONAL
Y LA REGIONALIZACIÓN DE LA SEGURIDAD EN AMÉRICA
LATINA**

Autor: Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado
Colección Investigación
Varios autores
Madrid, marzo 2016,
372 pp.

*Por: Coronel auditor director de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos
D. Francisco Luis Pascual Sarría*

Se ha publicado por el Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, de investigación sobre la Paz, la Seguridad y la Defensa, en su Colección de Investigación, un libro en el que bajo el título *Nuevas amenazas y desafíos permanentes. El Estado Islámico en el escenario internacional y la regionalización de la seguridad en América Latina*, se comprenden las comunicaciones que, seleccionadas y evaluadas, fueron admitidas para formar este ejemplar, de entre las enviadas a las VII Jornadas de Estudios de Seguridad convocadas en el Boletín Interno de Coordinación Informativa de la UNED núm. 19, de 16 de febrero de 2015, y celebradas durante los días 27, 28 y 29 de mayo.

El volumen, que ha sido coordinado por los profesores Sonia Alda Mejías, Guillem Colom Piella, Jara Cuadrado Bolaños, Susana Ferreira, Alicia Gil Gil, Laura González Piote, Francisco Láuzara y Pedro Vivas González, contiene en 2 bloques, y 4 capítulos, los trabajos de 16 autores.

En el primer bloque, «Estado Islámico. Fenómeno y cambio de paradigma en seguridad internacional», se analiza el Estado Islámico desde tres enfoques diferentes; en el primero de los capítulos, referido al derecho penal internacional, se contienen dos comunicaciones referidas al estudio desde el punto de vista jurídico y criminológico de distintas iniciativas alcanzadas entre el Gobierno de España y el principal partido de la oposición para afianzar la unidad en defensa de las libertades y en la lucha contra el terrorismo, para lograr un pacto contra este nuevo fenómeno. Manuel Cerrada Moreno escribe sobre la influencia del terrorismo yihadista en la noción jurídica del terrorismo en España a la vista de la Ley Orgánica 2/2015, y Mariona Llobet Anglís diserta sobre los lobos solitarios yihadistas: ¿terroristas, asesinos o creyentes?

Un segundo capítulo se dedica a la gestión de crisis, respuestas internacionales y seguridad regional. En él, los comunicantes analizan la creación del califato y su impacto en Indonesia. Francesco Saverio Angiò, con su trabajo «¿Hacia un modelo de territorialización? La construcción califal de Daesh», y Javier Gil Pérez y Pablo Alises García-Morato, con «Impacto del terrorismo islámico en Indonesia. Factores de riesgo».

En el tercero de los capítulos de este bloque, dedicado al terrorismo global, se abordan por los comunicantes diferentes temas: «La preocupante presencia del Estado Islámico en Túnez», por Carlos Alberto Bueno Fernández; «Cibercalifato: Estrategias comunicativas para una yihad global, por Paola Chamorro Cuenca y María Isabel García García; «La importancia de Occidente para el Estado Islámico en *Dabiq*, su revista oficial y de propaganda», por Laura González Piote; «Daesh, fenómenos expansivos en el continente africano. El caso de Boko Haran y las posibles repercusiones en el golfo de Guinea», por Emilio Duch Ramos y Samuel Morales Morales; y la financiación del terrorismo *online* y el blanqueo de capitales online: similitudes, divergencias y desafíos legislativos, por Covadonga Mallada Fernández y Xesús Pérez López.

En el segundo bloque, dedicado a las políticas de seguridad en América Latina, se contienen tres comunicaciones: «Enfrentando la delincuencia organizada en México: del *Mexican moment* a la crisis de seguridad y derechos humanos», por Yadira Gálvez Salvador; «Cultura jurídica y política en los ciudadanos. En busca de sus determinantes en México», por Aurea Esther Grijalva Eternod; y «Construcción de respuestas a contextos de impunidad: pautas para la aplicación del modelo colombiano en la “Unidad Nacional de Análisis y Contextos” a la criminalidad en México», por Jesús Pérez Caballero.

En definitiva, un interesante trabajo, para quien quiera aproximarse al conocimiento del terrorismo yihadista y sus consecuencias políticas, jurídicas y criminológicas; así como a la problemática de seguridad y derechos humanos en Méjico.

ESTUDIO DE LA GUERRA

Autor: Quincy Wright
Abreviada por Louise Leonard Wright
The University of Chicago Press
Traducido por Julio Garulo Muñoz
Edita: Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado. UNED
Colección Investigación
Varios autores
Madrid, 2016
524 pp.

*Por: Coronel auditor director de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos
D. Francisco Luis Pascual Sarriá*

Se ha publicado por el Instituto Universitario *General Gutiérrez Mellado*, de investigación sobre la Paz, la Seguridad y la Defensa, en su Colección de Investigación, un libro en el que bajo el título *Estudio de la guerra*, se compendian por la profesora Louise Leonard Wright los dos volúmenes que el profesor de Ciencias Políticas y de Derecho Internacional Quincy Wright realizó en 1942 sobre el estudio de la guerra, en la Universidad de Chicago (The University of Chicago Press), compilando los estudios iniciados en el año 1926 en dicha Universidad, con la elaboración de unos cincuenta estudios realizados por investigadores y miembros de la Universidad.

La obra comienza con un prefacio de la profesora Wright, en el que señala el origen de la obra que compila, remontándose al año 1926, en el que la Universidad de Chicago inició un estudio sobre las causas de la guerra, los dos volúmenes del profesor Wright que vieron la luz en 1942. Le siguen

una interesante nota del autor, una introducción del traductor, coronel Julio Garulo Muñoz, y un estudio del profesor Karl Wolfgang Deutsch, sobre la contribución de Quincy Wright al estudio de la guerra.

El estudio, dividido en tres partes, se inicia con el análisis del fenómeno de la guerra, dedicando el primero de sus capítulos, tras delimitar la guerra como problema, a dar las definiciones sobre la misma y sus formas de aparición. Le siguen tres capítulos históricos en los que se analiza la historia de la guerra desde su origen, en la edad moderna, y los cambios producidos.

La segunda parte trata sobre las circunstancias que contribuyen a la guerra, analizando a lo largo de sus dieciocho capítulos, de un lado, la lucha de poder entre los Gobiernos (realiza un estudio del equilibrio de poder y su estabilidad; de la influencia de los cambios territoriales, las alianzas, la neutralidad y el armamento y el desarme; y la constitución política y social y su influencia en la guerra); de otro lado trata de la tolerancia legal de la guerra por los Estados (en este bloque de capítulos se estudian las relaciones entre el derecho y la violencia, la soberanía y la guerra, y el derecho y la política); también desarrolla el autor la diversidad cultural de las naciones y su influjo en el conflicto (trata del nacionalismo y la guerra, las familias de naciones, y la integración social y la guerra), y, por último, se refiere a las personas y la guerra (donde realiza un análisis filosófico, histórico, psicológico, sociológico sobre la influencia de la población en la guerra; las causas de la guerra en el socialismo y en el capitalismo; así como los motivos personales y culturales que influyen en la guerra).

La tercera parte del trabajo hace referencia a la predicción de la guerra, con un análisis de las relaciones internacionales (políticas y análisis), las opiniones sobre la probabilidad de la guerra (opiniones, tendencias y periodicidad), las causas de la guerra (estudia el autor el retraso político, las funciones sociológicas de la guerra, los impulsos psicológicos, la utilidad tecnológica y su racionalidad legal) y las condiciones para la paz, con el estudio de las características generales del derecho relativo a la guerra, el desarrollo del derecho internacional y los procedimientos internacionales para la solución.

Por último, dedica los tres últimos capítulos al control de la guerra, estudiando los análisis y práctica, la prevención de la guerra y la organización de la paz,

En definitiva, un interesante trabajo para quien quiera aproximarse al conocimiento pormenorizado del derecho de los conflictos armados, a través de la visión de un hombre que dedicó su vida profesional al estudio de las causas y soluciones a la guerra.

NOTICIAS DE REVISTAS

NOTICIAS DE REVISTAS

Francisco Luis Pascual Sarriá
Coronel auditor director

A) DERECHO INTERNACIONAL

En el núm. 171 de 2016 (enero/marzo) de la *Revista de Estudios Políticos* se incluye el artículo «El impacto de la regulación estatal en las ONG de desarrollo en España», de Luz M.^a Muñoz Márquez.

En el núm. 1, vol. 68, de 2016 de la *Revista Española de Derecho Internacional* se incluyen los siguientes artículos:

– «La Ley Orgánica 16/2015 sobre inmunidades: ¿aporta una mayor seguridad jurídica a los operadores del Derecho? Una valoración provisional», de Jaume Ferrer Lloret.

– «Inmunidades, Derecho internacional y tutela judicial en la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre inmunidades, ¿juego de espejos en el callejón del Gato?», de Javier Andrés González Vega.

– «Bombardeos en Siria e Iraq: la aparición de nuevos componentes normativos para la licitud o ilicitud del uso de la fuerza en el orden internacional», por Elena C. Díaz Galán.

B) DERECHO ADMINISTRATIVO

En el número 199 (enero/abril 2016) de la *Revista de Administración Pública* se incluye el artículo «El Derecho Administrativo Global. ¿Un nuevo concepto clave del Derecho Administrativo?», de M.^a Mercè Darnaculleta Gardella.

En el núm. 104-1 (enero-abril 2016) de la *Revista Vasca de la Administración Pública* se incluye el artículo «El recurso de casación en la jurisdicción contencioso-administrativa tras la Ley Orgánica 7/2015», de José Antonio Razquín Lizarraga.

En el número 57 (enero/diciembre 2015) de la *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* se incluye el artículo «Consideraciones acerca del acceso por el interesado al expediente administrativo en procedimientos selectivos», de Celia Álvarez Losa y Juan José González López.

C) DERECHO CONSTITUCIONAL

En el número 106 (enero/abril 2016) de la *Revista Española de Derecho Constitucional* se incluyen los siguientes artículos de interés:

– «Los límites de la justicia constitucional: la interpretación constitucional y la técnica jurídica en las “leyes de contenido heterogéneo”», de Miguel Ángel Martínez Lago.

– «Derechos fundamentales y publicación de imágenes ajenas en las redes sociales sin consentimiento», de Juan María Martínez Otero.

NORMAS DE EDICIÓN Y PUBLICACIÓN

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR. NORMAS EDITORIALES

La *Revista Española de Derecho Militar (REDEM)*, iniciada en el año 1956, publicada en un principio por la Sección de Derecho Militar del Instituto Francisco de Vitoria del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, y posteriormente por el Ministerio de Defensa, tiene su sede en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos. Su objetivo es el de la difusión del conocimiento de las distintas ramas del Derecho militar, fundamentalmente penal, disciplinario, administrativo, internacional, constitucional, marítimo, aeronáutico o comparado, desde cualquier perspectiva científica, ya sea ésta dogmática, histórica, sociológica o filosófica. A estos efectos, publica estudios originales sobre estas materias, dirigidos a juristas nacionales o extranjeros especializados en el asesoramiento jurídico militar o en el ejercicio de la jurisdicción militar. Asimismo se dirige a abogados, jueces o representantes del mundo académico, interesados en profundizar en la vertiente militar de sus respectivos ámbitos de especialidad.

La Revista tiene una periodicidad semestral y ha quedado indexada en Latindex.

Lo publicado en la *REDEM* no expresa directrices específicas ni la política oficial del Ministerio de Defensa. Los autores son los únicos responsables de los contenidos y las opiniones vertidas en los artículos.

Además de en soporte de papel, la Revista es accesible a través del Portal del Ministerio de Defensa, página web www.publicaciones.defensa.gob.es

REQUISITOS DE LOS TRABAJOS

La *REDEM* solo aceptará para su publicación trabajos originales. Salvo que concurran circunstancias excepcionales, se rechazarán trabajos publicados con anterioridad o remitidos paralelamente para su publicación en otras revistas, exceptuando los Premios Querol y Lombardero, que serán publicados.

Las colaboraciones podrán adoptar la forma de estudios y notas. Los estudios habrán de tener una extensión máxima de 20.000 palabras de texto, incluida la bibliografía, equivalentes a 50 páginas impresas. La extensión máxima de las notas es de 12.000 palabras correspondientes a 30 páginas impresas. Las colaboraciones deberán estructurarse en las siguientes partes: resumen, sumario, desarrollo.

Toda colaboración habrá de estar precedida por un resumen del contenido del artículo con una extensión máxima de 150 palabras, y cuatro palabras clave, acompañado de la correspondiente traducción o *abstract* en inglés, tanto del resumen como de las palabras claves y el título del trabajo.

El sumario encabezará el artículo, y en él se harán constar, de forma continua y sin puntos y aparte, los distintos apartados y subapartados en los que el tema se va a desarrollar.

El contenido del artículo será desarrollado siguiendo la estructura prefijada en el sumario. En cuanto al sistema de citas, se podrá optar bien por el sistema abreviado, consistente en indicar en el texto, entre paréntesis, el nombre del autor, año de aparición de la obra y número de la página, por ejemplo: (Rodríguez-Villasante 1987, p. 2), referido a un elenco bibliográfico al final del artículo; o bien el sistema tradicional con notas bibliográficas a pie de página. En cuanto a las citas bibliográficas, siempre que se cite la obra completa deberá ser presentada de la siguiente forma: APELLIDO/S, inicial del nombre, *Título*, lugar de edición, nombre del editor, año de aparición, número de página. En lo que respecta a la cita de los artículos de revistas, estos irán entre comillas y, en cursiva, el título de la revista; por ejemplo: RODRÍGUEZ VILLASANTE, J. L., «La modificación del Código Penal Español por la Ley Orgánica 5/2010, en materia de crímenes de guerra», *Revista Española de Derecho Militar* 95-96, 2010, p. 149.

Explicación de las normas de redacción:

- a. *Páginas escritas por una sola cara.*
- b. *New Times Roman 12.*
- c. *Interlineado: 1,5*

d. *Márgenes:*

- Superior: 3 cm
- Izquierdo: 3,5 cm
- Derecho: 1 cm
- Inferior: 2,5 cm

e. *Notas: siempre a pie de página. New Times Roman 10.*

f. *Citas bibliográficas, según el modelo siguiente:*

- *Libros: AUTOR -apellidos e inicial del nombre- (año publicación), Título, editorial (sin escribir ed.), lugar de edición, página/s en que se contiene la cita o se trata la cuestión; p. ej.:*

RODLEY, N.S. (2000), The Treatment of Prisoners Under International Law, Oxford University Press, Oxford, p. 35.

- *Artículos en revistas: AUTOR -apellidos e inicial del nombre- (año publicación), Título del artículo, Nombre de la Revista, tomo y número, páginas entre las que se contiene el artículo, página donde se contiene la cita; p. ej.:*

PEÑARRUBIA IZA, J.M. (2006), Los derechos del militar en Francia tras el Estatuto general de 2005: algunas conclusiones para la reforma del derecho español, Revista Española de Derecho Militar, núm. 88, pp. 19-56, p. 34.

- *Publicaciones digitales: como las publicaciones en papel, pero indicando el formato.*

- *Páginas web: AUTOR -apellidos y nombre-, dirección de la página, fecha y hora en que se ha consultado.*

Los trabajos serán enviados a la redacción de la Revista, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Camino de Ingenieros n.º 6, 28047 Madrid, preferiblemente en soporte electrónico, a la siguiente dirección de correo-e: emej@oc.mde.es. Una vez recibidos, se remitirá el correspondiente acuse de recibo.

NORMAS DE EVALUACIÓN

Tras la recepción del texto se procederá a una primera evaluación. Al menos dos miembros del Consejo de Redacción comprobarán que el trabajo se ajusta a los requisitos exigidos sobre extensión y sistema de citas, así como a la temática, metodología científica y líneas editoriales de la

REDEM, pudiendo rechazarse aquellos artículos que reproduzcan temas tratados en el número anterior. En el caso de ser rechazado el trabajo, se notificará al autor, a quien también se le podrá requerir, en su caso, para que efectúe las correspondientes modificaciones.

Cada colaboración será evaluada mediante el sistema de «doble referee». A estos efectos la colaboración se remitirá a un miembro del Consejo de Redacción de la Revista, experto en la especialidad de que se trate, y que tendrá la consideración de gestor. Este se encargará de la búsqueda de dos evaluadores externos, reconocidos expertos en la materia, a quienes se remitirá, para evaluación, el citado artículo, garantizando el carácter anónimo de su autor. Los evaluadores disponen de seis u ocho semanas para entregar sus informes motivados, que se ajustarán al formulario incluido en anexo. Para ser publicado, un trabajo deberá obtener los correspondientes informes positivos de esos dos evaluadores externos. En el caso de que uno de los informes sea negativo, se estará a lo que decida el gestor o, en su caso, el Consejo de Redacción, pudiendo ser enviado el trabajo a un tercer evaluador externo, cuya decisión será vinculante. Cualquiera de los evaluadores externos puede hacer observaciones o sugerir correcciones a los autores, a los que se dará un plazo adicional para incorporarlas a su trabajo. En este último supuesto, la publicación del trabajo, caso de que el gestor lo considere conveniente, se someterá de nuevo al Consejo de Redacción.

A los autores de los trabajos aceptados, caso de solicitarlo, se les expedirá un certificado en el que se haga constar que su manuscrito ha sido aprobado por el Consejo de Redacción de la *REDEM* y se halla pendiente de publicación. De igual modo a los gestores y evaluadores, caso de solicitarlo, se les expedirá por el secretario de la Revista el correspondiente certificado.

ANEXO
INFORME SOBRE EVALUACIÓN DE TEXTOS

TITULO DE LA OBRA

OBSERVACIONES SOBRE EL CONTENIDO

FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA

(Utilización de fuentes primarias o secundarias, documentación...)

CALIDAD Y SOLIDEZ DE LA INVESTIGACIÓN

(Estructura, Coherencia, Fundamentación de las conclusiones)

NOVEDADES QUE APORTA A SU CAMPO DE ESTUDIO

(Originalidad de las tesis o conclusiones)

OBSERVACIONES SOBRE LA FORMA

EXTENSIÓN

ORDEN

ESTILO

¿RECOMIENDA SU PUBLICACIÓN?

SÍ, SIN OBJECIONES

NO, DEBE SER RECHAZADO

SÍ, SI SE REALIZAN CORRECCIONES

SI SON NECESARIAS CORRECCIONES, INDÍQUELAS

