

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

95-96

**ENERO
DICIEMBRE
2010**

**Escuela Militar de
Estudios Jurídicos**

Ministerio de Defensa



**REVISTA ESPAÑOLA
DE
DERECHO MILITAR**

95-96 *ENERO
DICIEMBRE
2010*

MADRID

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

Edita:



NIPO: 075-11-161-2 (edición en papel)

ISSN: 0034-9399

Depósito Legal: M-523-1958

Imprime: Imprenta Ministerio de Defensa

Tirada: 800 ejemplares

Fecha de edición: Agosto 2011

Las opiniones emitidas en esta publicación son exclusiva responsabilidad del autor de la misma.

NIPO: 075-11-160-7 (edición en línea)



En esta edición se ha utilizado papel libre de cloro obtenido a partir de bosques gestionados de forma sostenible certificada.

ÍNDICE GENERAL DEL NÚMERO 95-96 ENERO-DICIEMBRE 2010

DOCTRINA

— Resumen de contenidos. Table of contents	9
--	---

ESTUDIOS

— Inés de Alvear Tenor. «Colaboración público privada en programas de Defensa y Seguridad: marco contractual»	15
— Cristina Amich Elías. «La Ley Orgánica reguladora de los Derechos y Deberes de los miembros de la Guardia Civil como base de una futura Ley de Derechos y Deberes del militar» ..	43
— Francisco Alfaro Parejo. «El génesis del Derecho Internacional Humanitario» El Tratado de Regularización de la Guerra de 1820	117

NOTAS. COMENTARIOS

— José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto. «La modificación del Código Penal español por Ley Orgánica 5/2010, en materia de crímenes de guerra»	149
— Francisco Javier Hernández Suárez Llanos. «Apuntes sobre la exenoción por obediencia jerárquica en el Código Penal Militar»	175
— Isidro Fernández García «El acceso a la justicia y a los recursos en el ámbito de la jurisdicción Militar»	213

TEXTOS

LEGISLACIÓN

— Por José María Sánchez Sánchez	293
--	-----

JURISPRUDENCIA

— Constitucional. Por Luis Bernardo Álvarez Roldan	307
— Contencioso-Administrativa. Por Eva Bru Peral	345

— De la Sala V del Tribunal Supremo. Por Carlos Balmisa	389
DOCUMENTACIÓN	
— Doctrina legal del Consejo de Estado. Por José Leandro Martínez-Cardós Ruiz	421
BIBLIOGRAFÍA	
RECESIÓN DE LIBROS	
— Por Emilio Fernández-Piñeyro y Hernández	447
NOTICIAS DE REVISTAS	
— Por José Leandro Martínez-Cardós Ruiz	453
INFORMACIÓN	
— Necrológica del Gral. Consejero Togado D. Javier Mata Tejada	457
— Necrológica del Gral. Auditor D. Leopoldo Estévez Sánchez .	461
— José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto. «Nota sobre la conferencia de revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional Kampala (Uganda) 2010»	463
— Resumen de actividades del Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico 2010	473

DOCTRINA

RESÚMENES (ABSTRACTS) DEL NÚMERO 95-96 (ENERO-DICIEMBRE, 2010)

Colaboración público-privada en programas de defensa y seguridad: marco contractual. *Ines Alvear Trenor.*

En un escenario de generalizada crisis económica y financiera, cabe preguntarse cómo puede mantener el Estado sus objetivos de modernización de las Fuerzas Armadas. Con frecuencia, no es tan costosa la adquisición de la capacidad operativa que representa el material militar como lo pueda ser el coste de mantenimiento con la deseable flexibilidad e interoperatividad y, más concretamente, del necesario sostenimiento de la fuerza operativa durante todo su largo ciclo de vida: carros de combate, aeronaves, embarcaciones de la Armada y, de forma significativa, de sus complejos y sofisticados sistemas electrónicos asociados.

Public-private partnership in defense and security programs: contract framework contract. *Ines Alvear Trenor.*

In a scenario of a widespread economic and financial crisis, one wonders how the state can maintain its goals of modernization of the Armed Forces. Often, there is no so costly the acquisition of operational capability that represents military equipment as may be the cost of maintaining the desired flexibility and interoperability, and more specifically, the necessary support of the task force throughout its long cycle of life: tanks, aircraft, naval vessels and, significantly, their complex and sophisticated electronic systems partners.

La Ley Orgánica reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil como base de una futura ley de derechos y deberes del militar. *Cristina Amich Elías.*

El trabajo que se afronta, tiene como principal objetivo comprobar, a través del análisis jurídico del articulado de la Ley Orgánica 11/2007, de

22 de octubre, la posibilidad de aplicación de los derechos contenidos en su articulado a los miembros de las Fuerzas Armadas, con las adecuaciones que, en su caso, serían necesarias, apoyándonos, para ello, en el estudio del nuevo Proyecto de Ley de Derechos y Deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, para observar las adaptaciones propuestas por el legislador en esta fase del proceso de creación normativa.

Al mismo tiempo, y como objetivos secundarios del estudio, pretendemos poner de manifiesto los derechos y deberes ya reconocidos a los miembros de las Fuerzas Armadas en otros textos jurídicos generales y particulares, resaltar las limitaciones de la Ley de la Guardia Civil en relación con el ejercicio de la función pública militar, y relacionar el marco del ejercicio de derechos y cumplimiento de deberes con las leyes reguladoras del régimen penal y disciplinario de los miembros de la Guardia Civil y de las Fuerzas Armadas.

The Organic Law regulating the rights and duties of members of the Guardia Civil as the basis for a future law of rights and duties of the military personnel. *Cristina Amich Elías.*

The main objective of this work is to verify, through legal analysis of the articles of the Organic Law 11/2007 of October 22, the applicability of the rights contained in its articles to members of the Armed Forces , with the adjustments, if any, that would be necessary in order to achieve this, basing on the study of the new Bill of Rights and Duties of Members of the Armed Forces, to observe the adaptations proposed by the legislator at this stage of the legislative process. At the same time, as secondary endpoints, we aim to highlight the rights and duties already granted to the Armed Forces personnel in other legal texts, highlighting the restrictions of the Civil Guard Act related to the exercise of the military public function, and to connect the exercise of rights and the fulfilling of duties with the laws regulating criminal and disciplinary regime for Guardia Civil and Armed Forces members.

El génesis del Derecho Internacional Humanitario El Tratado de Regularización de la Guerra de 1820 y su incidencia en el surgimiento del Derecho Internacional Humanitario. *Francisco Alfaro Pareja.*

El Derecho Internacional Humanitario tiene su concepción el 26 de noviembre de 1820, en la ciudad venezolana de Trujillo. Ese día, los líderes de las tropas patriotas y realistas firmaron el Tratado de Regularización de la Guerra, el primero en su género en el mundo occidental.

El nacimiento del Derecho Internacional Humanitario se produce con la firma de los Convenios de Ginebra, en donde se sientan las bases de la Cruz Roja Internacional y el Derecho Internacional Humanitario actual. No obstante, su concepción inicial tiene su antecedente en la regulariza-

ción del conflicto entre Colombianos y Españoles por la independencia de Venezuela.

Este ensayo analiza el Tratado de Regularización de la Guerra como génesis del Derecho Internacional Humanitario, sus antecedentes y su incidencia para el Derecho de hoy.

The genesis of the IHL Treaty of Regularization of the War of 1820 and its impact on the emergence of International Humanitarian Law.
Francisco Alfaro Pareja.

International humanitarian law was conceived in November 26, 1820, in the Venezuelan city of Trujillo. That day, the patriot and royal troop leaders signed the Treaty of Regularization of the War, the first of its kind in the Western world. The birth of international humanitarian law occurs with the signing of the Geneva Conventions, which set the bases of the International Red Cross and International Humanitarian Law today. However, its initial conception has its antecedent in regulating the conflict between the Colombian and Spanish for the independence of Venezuela. This essay analyzes the Treaty of Regularization of War as the genesis of international humanitarian law, its history and its impact on the current law.

La modificación del código penal español por ley orgánica 5/2010, en materia de crímenes de guerra. *José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto.*

El Código penal español (L.O. 10/1995) ha sido extensamente modificado por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (BOE de 23-06-2010), que ha entrado en vigor el 23 de diciembre de 2010. Dentro de ésta profunda reforma legislativa, debemos celebrar la relativa a los crímenes de guerra, objeto de este artículo, que ha supuesto una incriminación que podemos calificar de modélica de los delitos contenidos en el Libro II, Capítulo III del Título XXIV, es decir: los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado. Se han subsanado en buena parte las deficiencias y lagunas de la modificación llevada a cabo por la L.O. 15/2003 y se ha incorporado la incriminación de algunas conductas como la utilización de minas antipersonas o municiones en racimo. En esta ocasión, después de un largo proceso se ha recogido prácticamente la totalidad de la propuesta formulada por la Cruz Roja Española y preparada en el año 2007 por su Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario

The Spanish penal code modification by organic law 5 / 2010, on war crimes. *José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto.*

The Spanish Penal Code (LO 10/1995) has been extensively modified by Organic Law 5 / 2010 of 22 June (BOE 23/06/2010), which entered into force on December 23, 2010. From this major legislative reform, we

should celebrate the one related to war crimes, the subject of this article, which has led to an exemplary incrimination of the crimes contained in Book II, Chapter III of Title XXIV, namely: crimes against persons and property protected in case of armed conflict. Has been largely corrected the deficiencies and gaps of the modification carried out by the Organic Law 15/2003 and has been incorporated the incrimination of certain behaviors as the use of landmines or cluster munitions. This time, after a long process, has been incorporated almost the entire proposal by the Spanish Red Cross prepared in 2007 by its Centre for International Humanitarian Law.

Apuntes sobre la exención por obediencia jerárquica en el código penal militar. *Francisco Javier Hernández Suárez Llanos.*

Dicho lo anterior, este trabajo se propone la tarea de contestar a algunos interrogantes que plantea la actual regulación de la responsabilidad penal derivada de los actos ilícitos cometidos en obediencia a las órdenes o mandatos de los superiores en nuestro vigente Código penal militar.

Notes on the obedience to superior orders exemption in the military penal code. *Francisco Javier Hernández Suárez Llanos.*

This paper proposes the task of answering some questions posed by the current regulation of criminal liability arising from the illegal acts committed in obedience to superior orders or commands in our current military penal code.

El acceso a la justicia y a los recursos en el ámbito de la jurisdicción militar. *Isidro Fernández García.*

El objeto de este trabajo consiste en determinar las peculiaridades en el acceso a la justicia y a los recursos en el ámbito de la Jurisdicción Militar, analizando su legitimidad constitucional a la vista de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, fundamentalmente de su Sala 5ª.

Access to justice in the military jurisdiction scope. *Isidro Fernández García.*

The purpose of this study is to determine the peculiarities of access to justice in the military jurisdiction scope, analyzing its constitutional legitimacy in accordance to the doctrine of the Constitutional Court on the fundamental right to judicial protection and the Supreme Court case law, mainly by its Fifth Chamber.

ESTUDIOS

COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN PROGRAMAS DE DEFENSA Y SEGURIDAD: MARCO CONTRACTUAL*

Inés de Alvear Trenor
Abogada
Uría Menéndez

* Este artículo ha sido galardonado con el Premio Querol 2010

SUMARIO

1. A modo de exordio. 2. Idoneidad del contrato de colaboración público-privado para la implementación de programas de seguridad y defensa. 2.1. La complejidad como elemento del CCPP. 2.2. La colaboración como nota distintiva del CCPP y del sector. 2.3. La larga duración. 2.4. Alto coste y financiación. 2.5. Más razones que justifican la complementariedad. 3. Algunos aspectos críticos del CCPP. 3.1. En la fase de preparación. 3.1.1. La subsidiariedad. 3.2. La fase de diálogo y adjudicación. 3.2.1. El fomento de la competencia. 3.2.2. La confidencialidad. 3.2.3. Derechos de propiedad industrial. 4. Algunos aspectos críticos del *project finance* como instrumento de financiación de CCPP. 4.1. Definición. 4.2. Elementos principales. 4.2.1. Sujetos. 4.2.2. Objeto. 4.2.3. Paquete de garantías *project finance*. 5. Estructura contractual asociada a la implementación de un CCPP a través de un *project finance*. 6. Una breve referencia a los antecedentes del CCPP.

1. A MODO DE EXORDIO

Siguiendo el denominado *ordo artificialis*¹, y aún careciendo de la cualidad de poetas, apostamos por empezar *in medias res*, yendo al centro de la

¹ Según sintetiza Patrizia Campana en su trabajo dedicado al análisis de la técnica literaria de Lope de Vega: «*Los eruditos del Renacimiento diferenciaban la tarea del poeta —entendiendo el término en el más amplio sentido de ‘literato’— de la del historiador, siguiendo las pautas de las preceptivas clásicas, fundamentalmente las de Aristóteles y Horacio. Según los sabios renacentistas, mientras el historiador narra la historia como es, al poeta le toca*».

cuestión, para retomar, posteriormente y de forma somera, los aspectos de orden y antecedentes que pudieran servir para reforzar algunas de las cuestiones que, en torno al contrato de colaboración público-privada y su implementación práctica en el sector de la Defensa y la Seguridad, aquí se plantean.

Esperamos, con el uso de esta conocida técnica literaria, llamar la atención del lector avezado, al igual que otrora lo hicieron los clásicos y hogaño algunos no tan clásicos. Pero además, y pensando esta vez en el lector ocupado —el que dispone de poco tiempo—, confiamos en acometer inicialmente el núcleo de las cuestiones planteadas, para permitir posteriormente una lectura más ligera de los antecedentes y orígenes de la nueva figura contractual. En definitiva, esperamos que las presentes notas constituyan un instrumento más, orientado al allanamiento del uso y aplicación práctica de la figura contractual tratada en el ámbito elegido.

En un escenario de generalizada crisis económica y financiera, cabe preguntarse cómo puede mantener el Estado sus objetivos de modernización de las Fuerzas Armadas. Con frecuencia, no es tan costosa la adquisición de la capacidad operativa que representa el material militar como lo pueda ser el coste de mantenimiento con la deseable flexibilidad e interoperatividad y, más concretamente, del necesario sostenimiento de la fuerza operativa durante todo su largo ciclo de vida: carros de combate, aeronaves, embarcaciones de la Armada y, de forma significativa, de sus complejos y sofisticados sistemas electrónicos asociados.

2. IDONEIDAD DEL CONTRATO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADO PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE PROGRAMAS DE SEGURIDAD Y DEFENSA²

No parece dudoso afirmar que la nueva figura de contratación introducida por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público

*narrarla como debería ser: (...) Según esta tradición, el historiador tiene que narrar las cosas desde el principio de manera lineal según el orden en el que han sucedido (ordo naturalis); pero el poeta está llamado a seguir otra disposición de la materia (ordo artificialis), trastrocando la narración lineal de los hechos y empezando in medias res, en medio de los acontecimientos, arrastrando al lector (o al público) al centro de la acción —como si ya se conociera—, y recuperando con una narración posterior los sucesos previos. Los modelos son, pues, la *Ilíada*, que se abre con el último año de la guerra de Troya; la *Odisea*, que empieza cuando ya Ulises está a punto de volver a Ítaca, o la *Eneida*, que se abre al final de los siete años de peregrinación del héroe, desde Troya hasta las costas italianas». CAMPANA, Patrizia: «In medias res: diálogo e intriga en el primer Lope», *Criticón*, 81-82, 2001, pp. 71-87.*

² El presente trabajo está inspirado, por un lado, en la presentación que tuve ocasión de preparar para las jornadas de *P³ Participación Público Privada en Programas de Defensa*

(LCSP), el contrato de colaboración público-privada (CCPP), presenta algunas características básicas que encontramos entre las señas de identidad del sector de la defensa y la seguridad. Nos proponemos en los siguientes apartados identificar los que creemos que son elementos comunes entre la nueva figura contractual y el sector que pueden facilitar el camino hacia la implementación de CCPPs.

Para comenzar, señalaremos cuatro de sus notas principales, que encontramos –por cierto, casi en su totalidad– en la definición contractual que nos ofrece el artículo 11 de la LCSP³, según el cual, «son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquéllos en que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones (...)».

Nos referimos a los siguientes elementos: la complejidad –siempre presente en estos contratos–, la colaboración necesaria del sector público con el privado –no solo parte de su identidad, sino centro mismo de su razón de ser–, su larga duración, y la importancia de su financiación. Todas ellas, características que encontramos de manera recurrente en los programas de adquisición de la Administración de la Defensa.

y *Seguridad* organizadas por IDS y celebradas en Madrid el 21 de abril de 2009 en el Hotel Puerta de América; por otro lado, incorpora lúcidas contribuciones del Profesor David BLANQUER CRIADO, con quien he tenido el privilegio de comentarlo y conversarlo. Vaya por delante mi sincero agradecimiento.

³ La inspiración casi literal del artículo 11 LCSP tiene su origen en la figura de los *Contrats de Partenariats* franceses regulados por la Ordenanza 2004/559, de 17 de junio de 2004, como puede fácilmente apreciarse del tenor de su artículo 1: «*Les contrats de partenariat sont des contrats administratifs par lesquels l'Etat ou un établissement public de l'Etat confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion, et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée. Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser. Il peut se voir confier tout ou partie de la conception des ouvrages. La rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat. Elle peut être liée à des objectifs de performance assignés au contractant*».

Veamos. En cuanto a la necesaria complejidad que ha de incorporar, por imperativo legal, todo Contrato de Colaboración, no parece arriesgado reafirmar la opinión del General Martínez Zaro⁴, según la cual ésta está particularmente presente en todas las adquisiciones del Ministerio de Defensa, especialmente complejas por diversas razones que tienen que ver con la multiplicidad de sujetos, materiales, instalaciones y sistemas involucrados. Respecto de la colaboración, elemento principal del contrato –necesario incluso para definirlo–, a primera vista es también común a los programas de Defensa, en los que la perspectiva de cliente único hace necesario el apoyo de la Administración en las capacidades y tecnología de la industria, lo que genera un flujo natural de coordinación, de comunicación. La larga duración es quizá el elemento, de entre los elegidos, que exige menor justificación: es sabido que los activos, sistemas y tecnología de Defensa tienen en común el largo ciclo de vida que se les exige. Y, por último, tampoco requiere demasiada explicación la afirmación de que la gran diversidad y complejidad de los sistemas de armas hace que los costes e inversiones en materia de Defensa sean muy elevados, lo que en sí mismo justifica la existencia de una adecuada política de financiación que venga a sustituir el *statu quo*⁵ hoy existente.

No obstante, para los no convencidos, ofrecemos a continuación algunos argumentos que justifican la idoneidad que defendemos en este trabajo.

2.1. LA COMPLEJIDAD COMO ELEMENTO DEL CCPP

La complejidad es premisa exigida por la LCSP cuando, al regular el proceso previo a la adjudicación de este tipo de contratos, establece que,

⁴ «Creo que no exagero si digo que la contratación, en el Ministerio de Defensa, es mucho más compleja que en los restantes Ministerios, por la diversidad de los materiales y servicios a adquirir, por la dispersión de las unidades, centros y organismos que los demandan y por las especiales circunstancias en que estos contratos deben ejecutarse». General de División D. Víctor Martínez Zaro. Subdirector General de Contratación en la Dirección General de Asuntos Económicos del Ministerio de Defensa.

⁵ La financiación a través préstamos reembolsables para I+D desde el Ministerio de Industria a cuenta de las compras de armamentos ha venido permitiendo a las FAS el acometimiento de las grandes necesidades de inversión asociadas a la implementación de los programas de armamento y material, habiendo generado, por el contrario, una elevadísima deuda que algunos cuantifican en algo más de 26.000 millones de euros en 2007. De acuerdo con lo expuesto por MARTÍNEZ CALVO, los sistemas de adquisición de equipamiento desarrollados por el Ministerio de Defensa a través del Ministerio de Industria *han llegado a su límite práctico*, implicando que *los pagos a realizar puedan prologarse hasta 2027*. Véase MARTÍNEZ CALVO, Juan: «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y las oportunidades que ofrece en el ámbito de la contratación de defensa», en *Régimen jurídico de la Industria al servicio de la Defensa*, Madrid: Aranzadi, 2009, pp. 471 y ss.

con anterioridad a la iniciación de un expediente, el órgano de contratación correspondiente, cuando elabore el documento interno denominado de Evaluación Previa, habrá de poner de manifiesto que, habida cuenta de la *complejidad* del contrato la Administración, no está en condiciones de definir los medios técnicos que necesita para alcanzar los objetivos que busca o de predeterminar los mecanismos jurídicos y financieros para implementar el contrato.

Estamos ante contratos que, como ocurre en muchas ocasiones en programas de Defensa, se caracterizan por una difícil combinación de factores en la que confluyen una multiplicidad de sujetos e intereses con una larga lista de prestaciones de muy diverso orden.

La complejidad subjetiva se pone de manifiesto en la multiplicidad de intereses representada por la presencia de muy diversas tecnologías y sistemas que pueden, por ejemplo, convivir en un sistema de armas asociado a una plataforma naval. Pero hay que entender la complejidad también objetiva en la medida en que programas, digamos, de sostenimiento de armas, implican actividades de mantenimiento, suministro y gestión de repuestos y materiales e ingeniería del ciclo de vida.

Parece que el contrato de colaboración público-privada lleva en su propia naturaleza la integración de tal complejidad. La LCSP nos habla de un contrato en el que se aúnan, al menos, los siguientes elementos: (i) actuación global e integrada (ii), financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios y (iii) algunas de las cuatro siguientes prestaciones: *1.º La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión; 2.º La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas; 3.º La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado; y, 4.º otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado.*

A primera vista, y a la luz de la definición legal, nos encontramos ante una figura contractual que puede llegar a integrar alguno de los siguientes tipos contractuales: contrato de construcción, contrato de prestación de servicios (de explotación o de gestión), contrato de mantenimiento (sostenimiento) y contrato de suministro de fabricación. Se trata, sin duda, de un contrato complejo.

2.2. LA COLABORACIÓN COMO NOTA DISTINTIVA DEL CCPP Y DEL SECTOR

Decíamos que la colaboración es una seña de identidad tan intrínseca de este contrato que la encontramos en su denominación. Como veremos, lo es también de algunos procedimientos de adjudicación del sector.

El propio proceso de construcción contractual que nos marca la LCSP es una buena muestra de esta necesaria colaboración. Al amparo del artículo 118 LCSP, antes de nacer, el contrato pasa por una fase en la cual la Administración debe, en primer lugar, identificar sus necesidades y poner de manifiesto, ante la complejidad del contrato, su incapacidad para definir –antes de acudir a la licitación– los medios técnicos, mecanismos jurídicos y alternativas de financiación para alcanzar los objetivos propuestos. La Administración, turbada ante su incapacidad para anticipar soluciones válidas, siempre de acuerdo con la LCSP (y después de haber descartado otras alternativas contractuales aplicando criterios de mayor valor por precio), debe buscar la *colaboración* del sector privado por medio del diálogo (competitivo), para finalmente proceder a la licitación. Por su parte, y durante la fase de diálogo, los sujetos privados participantes habrán de aportar soluciones y propuestas –se entiende que técnicas, jurídicas y financieras– que permitan, de acuerdo con lo previsto en el artículo 166 LCSP, *determinar y definir los medios adecuados para satisfacer las necesidades* identificadas. La LCSP nos indica, además, que durante el diálogo podrán *debatirse todos los aspectos del contrato con los candidatos seleccionados*.

Por tanto, en esta fase –preliminar si se quiere, en la medida en que aún no se ha producido la licitación– ya se estará construyendo conjuntamente el futuro contrato a firmar.

Este proceso de diálogo e intercambio de información entre la Administración y la industria, que no parece distar mucho de lo que en la actualidad sucede con los grandes programas –o Programas Principales– en materia de Defensa, se incorpora como obligatorio⁶ en la LCSP, y ésta es, precisa-

⁶ El artículo 164.3 LCSP así lo dispone para la adjudicación de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, recogiendo como única excepción el supuesto del artículo 154 a (proposiciones u ofertas irregulares o inaceptables) que podrá adjudicarse por medio de un procedimiento negociado. Aunque no se menciona en el artículo 164, en realidad, en el ámbito de la Defensa existe otro supuesto que, entendemos, quedaría eximido de la adjudicación por medio del diálogo competitivo; se trata, como se habrá podido anticipar, del supuesto del apartado g) del artículo 154, que permite asimismo la adjudicación por el procedimiento negociado de los contratos incluidos en el ámbito del artículo 296 del tratado Constitutivo de la Comunidad Europea; ello incluiría, en nuestra opinión, los contratos que dentro del ámbito del artículo 296 lo fuesen de colaboración entre el sector público y el sector privado.

mente, la novedad: el reconocimiento, por Ley, de un proceso que, verbal o informalmente, se producía a la hora de tomar determinadas decisiones en relación con sistemas específicos que marcan una política o estrategia de defensa a largo plazo. La diferencia –favorable, a nuestro entender, y que se le debe agradecer al legislador– es que el proceso previsto en la LCSP permitirá una mayor transparencia, frente a la opacidad reinante.

2.3. LA LARGA DURACIÓN

Como anticipábamos, pocas explicaciones hay que dar sobre el engarce que la larga duración prevista por la LCSP para estos contratos (máximo de veinte años, ampliable a cuarenta cuando *por razón de su prestación principal el régimen aplicable sea el propio de los contratos de concesión*) podría tener con muchos de los programas de adquisición que lleva a cabo el Ministerio de Defensa.

Pensemos, por ejemplo, en el sostenimiento de un sistema de armas que, de acuerdo con la Instrucción 5/2008, de 15 de enero, de la Secretaría de Estado de Defensa, por la que se regula el sostenimiento del armamento, abarca *«el conjunto de actividades logísticas necesarias para mantener y reparar los sistemas de armas, y sus elementos asociados, de forma que se garantice la correcta operación de los mismos cuando y donde sean requeridos, así como el mantenimiento y la actualización de sus capacidades a lo largo de su ciclo de vida»*.

2.4. ALTO COSTE Y FINANCIACIÓN

Entramos en uno de los aspectos cruciales de la LCSP, en el que está llamado a ser el nudo gordiano de la viabilidad futura de este tipo de contratos: su financiación.

Como es sabido, la convergencia económica europea hizo que fuera necesaria la contención del gasto por los distintos Gobiernos; con ello, y ante la limitación de recursos disponibles, como señalan acertadamente JUAN LOZANO y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ⁷ *«los gobiernos europeos de los diversos niveles territoriales se han enfrentado al dilema de aceptar*

⁷ Véase JUAN LOZANO, Ana María y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, Jesús: *La colaboración público-privada en la financiación de las infraestructuras y servicios públicos. Una aproximación desde los principios jurídico-financieros*, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, 2006, p. 25.

como inevitable una reducción de la inversión pública o buscar fórmulas alternativas de financiación de la misma». Ahí está el origen de la colaboración público-privada, aunque además existen otros argumentos de fuerza que justifican, desde luego, el uso de estas fórmulas, como el traslado de la eficacia privada a la gestión de servicios o la construcción de infraestructuras para el uso público y, en definitiva, la búsqueda de fórmulas de mejor valor por precio (o *best value for money*) en la gestión de los recursos públicos⁸.

Ahora bien, hasta aquí hemos esbozado solo parte del planteamiento, pues, una vez tomada la decisión de acudir al sector privado para obtener su colaboración en la puesta en práctica de determinados proyectos especialmente complejos, lo cierto es que, aun cuando pudieran ser financiados inicialmente por el sector privado, la asunción de los costes corresponde, en definitiva, a la Administración⁹. Ésta ha venido utilizando¹⁰, como es sabido, distintos sistemas de financiación que podemos resumir en tres: Sistema Español, Sistema Alemán y Sistema Inglés. No es objeto del presente trabajo el análisis de cada uno de estos tres sistemas de financiación pública, pero conviene hacer una sucinta y muy general referencia a su funcionamiento y las razones por las cuales su uso habría decaído en algunos casos.

Es sabido que el Sistema Español consistía en la constitución, por parte de la Administración correspondiente, de una empresa pública participada para acometer la ejecución y gestión de la obra en cuestión; con ello, antes de la entrada en vigor de las normas SEC95¹¹, el endeudamiento de la enti-

⁸ Así lo ponen de manifiesto, entre otros, DORREGO, Alberto y MARTÍNEZ, Francisco: «La participación privada en la gestión de infraestructuras y servicios públicos: evolución histórica», en *La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos administrativos y financieros*, Madrid: La Ley 2009, pp. 54 y ss.

⁹ La exposición de motivos de la LCSP así lo advierte cuando establece que por primera vez se tipifican estos contratos –presentes en la vida práctica de la contratación administrativa– como nuevas figuras contractuales «cuya financiación puede ser asumida, en un principio, por el operador privado, mientras que el precio a pagar por la Administración podrá acompañarse a la efectiva utilización de los bienes y servicios que constituyen su objeto».

¹⁰ Como acertadamente indica la doctrina «la estructura concesional presente en la mayor parte de las modalidades de public-private partnerships ha permitido su puesta en práctica de forma poco traumática teniendo en cuenta que la institución de la concesión ha sido utilizada de manera habitual por la Administración Pública en países como Francia o España». Véase FUERTES FERNÁNDEZ, Adolfo: «Fundamentos de la Colaboración Público-privada para dotación de infraestructuras y servicios», *REDETI: Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red*, año 10, n° 29, 2007, pp. 37-124.

¹¹ El Sistema Europeo de Cuentas de 1995 (SEC 95) aprobado por el Reglamento (CE) 2223/96 del Consejo, de 25 de junio de 1996, relativo al sistema de cuentas nacionales y regionales de la UE. Véase MARTÍNEZ CALVO, Juan: «El nuevo contrato de colaboración...», *op. cit.*, pp. 458 y ss.

dad participada no tenía la consideración de endeudamiento público¹². Por su parte, bajo el Sistema Alemán, los pagos de la Administración tenían un diferimiento hasta el momento de su entrega. Finalmente, el denominado *Peaje en la Sombra* o Sistema Inglés incorporaba la posibilidad de diferir igualmente el pago de las obras hasta el momento de su utilización, remunerándose al sujeto privado por el uso de las infraestructuras, aunque no mediante el cobro de un peaje a los usuarios, sino obrándose tal remuneración de la propia Administración.

Pero la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas (LRCCOP) incorpora, como brillantemente expone PAREJO GAMIR¹³, una sorprendente y destacada novedad, como es la de regular, en sede de Derecho administrativo¹⁴, determinados instrumentos propios del mercado financiero privado para adaptarlos y permitir así su uso generalizado en la financiación de concesiones de obras públicas. De acuerdo con la disposición derogatoria única de la LCSP, los artículos 253 al 260 de la LCAP siguen vigentes, y lo estarán hasta que se apruebe una nueva Ley que regule «*las modalidades de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas o por titulares de contratos de colaboración entre el sector privado y el sector público, así como el régimen de garantías que puede aplicarse a dicha financiación*». El mandato, previsto en la disposición final décima de la LCSP, disponía un plazo de un año, que finalizó el 1 de mayo de 2009¹⁵.

Estos artículos incorporan cuatro productos financieros que reproducimos en el orden jurídico más lógico y acorde al uso al que hace referencia

¹² En este sentido, véase JUAN LOZANO, Ana María y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, Jesús: *La colaboración público-privada...*, op. cit., pp. 40 y ss, donde se hace un excelente resumen de los tres sistemas mencionados.

¹³ Véase PAREJO GAMIR, Roberto: «Financiación privada de la concesión de obra pública (arts.253 a 260)», en GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael (coord.): *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones públicas*, Madrid: Civitas, 2004, pp. 1289-1342.

¹⁴ Como es sabido, la LRCCOP se incorporó a nuestro ordenamiento administrativo como título V del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP).

¹⁵ Al cierre de estas líneas, el que fuera el «*Anteproyecto de ley de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas, adjudicatarios de contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado y sociedades de economía mixta creadas para la ejecución de contratos públicos*» se ha transformado en «*Proyecto de Ley de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas*» dejando en el camino la referencia a los contratos de colaboración público privada. Mantiene, por el momento -está por ver si lo hará al final del trámite parlamentario- a través de disposición adicional, la posibilidad de contar con el aval de Estado para la financiación de este tipo de contratos.

PAREJO GAMIR¹⁶: la hipoteca de la concesión, los créditos participativos, la titulización de créditos propios y la emisión de obligaciones.

Volveremos más adelante a tratar de algunos aspectos relacionados con las modalidades de financiación privada previstas en los vigentes artículos 253 al 260 de la LCAP y su adaptación de *lege lata*, pero también de *lege ferenda*, de la novedosa figura tipificada de la colaboración público privada y de su viabilidad en el ámbito de la contratación en Defensa. Valga solo apuntar que, en la realidad práctica a la que hemos hecho referencia anteriormente, lo cierto es que la modalidad financiera que más se utiliza para este tipo de proyectos es la de la hipoteca de la concesión, instrumento que permite la financiación de proyecto o *project finance*, instituto habitual en este tipo de proyectos y al que dedicaremos unas líneas posteriormente.

2.5. MÁS RAZONES QUE JUSTIFICAN LA COMPLEMENTARIEDAD

Existen otras razones, además de las ya expuestas, que en nuestra opinión hacen del CCPP una figura especialmente idónea para determinados programas u operaciones relacionadas con la defensa y la seguridad.

Es sabido, y así lo ha venido poniendo de manifiesto la propia Administración¹⁷, que los ejércitos y, en general, la Administración de la Defensa disponen de capacidades excedentarias de instalaciones y equipos que en la actualidad están infrautilizadas y que se podrían poner en valor mediante modelos de cooperación con el sector privado. La propia Instrucción 5/2008, de 15 de enero, de la Secretaría de Estado de Defensa, por la que se regula el sostenimiento del armamento y material, en su disposición 4.^a apartado d), hace expresa mención a la búsqueda de fórmulas *innovadoras* que permitan obtener un mejor aprovechamiento de las capacidades de instalación y equipamiento. Y sugiere para ello dos vías: la creación de centros de excelencia que permitan concentrar la carga de trabajo y el uso

¹⁶ Véase PAREJO GAMIR, Roberto: «Financiación privada...», *op. cit.*, p. 1291.

¹⁷ Encontramos diversos ejemplos de tales afirmaciones. En la Instrucción 5/2008, de 15 de enero, de la Secretaría de Estado de Defensa, por la que se regula el sostenimiento del armamento y material se indica: «En los últimos tiempos, se está produciendo una pérdida de la capacidad productiva de los Centros Logísticos, Parques, Arsenales o Maestranzas originada, entre otras causas, por la dificultad de reposición de bajas en sus plantillas y por la inadecuada especialización sobre los nuevos sistemas tecnológicamente cada vez más complejos», y añade: «Centros Logísticos de los ejércitos: Los Centros Logísticos, Parques, Arsenales o Maestranzas de los ejércitos disponen de una capacidad considerable tanto en instalaciones como en equipamiento que no siempre pueden ser utilizadas de forma eficiente debido, entre otras causas, a la reducción constante de plantillas, a las limitaciones a la contratación de personal y a la complejidad inherente a su adaptación a los nuevos Sistemas de Armas».

compartido con la industria de tales instalaciones. La Instrucción menciona expresamente la posibilidad de uso propio por la industria y uso en apoyo de las necesidades de los ejércitos.

Parece apropiado pensar en el CCPP como la figura contractual que permitiría la regulación *global e integradora*¹⁸ del uso compartido de tales instalaciones, consiguiendo el doble objetivo de maximizar el aprovechamiento de instalaciones¹⁹ en muchos casos infrautilizadas y permitir la puesta en valor de patrimonio de la Administración. Por otro lado, la explotación comercial por el sector privado de las instalaciones o parte de las instalaciones hoy infrautilizadas por los ejércitos permitiría la generación de ingresos al contratista²⁰, que podrían contribuir a la justificación económica del contrato, en aquellos casos en los que los ingresos (el término que utiliza la LCSP es el de *remuneración*) obtenidos directamente de la Administración por la disponibilidad de servicios no resultaran suficiente para justificar la suscripción de un contrato de la complejidad del que analizamos.

Como es natural, la remuneración por disponibilidad no será aplicable a todos los supuestos de contratación de los respectivos ejércitos. Es cierto que resulta difícil imaginar que los sistemas de armas de los que disponen nuestras Fuerzas Armadas puedan estar sólo parcialmente a disposición de los ejércitos y ser aprovechados por el sector privado para otros usos. En tales casos no cabrá la compatibilidad a la que hace referencia el artículo 120 d) de la LCSP.

3. ALGUNOS ASPECTOS CRÍTICOS DEL CCPP

Expuestos en términos muy generales algunos de los elementos que parecen tener en común el CCPP y el sector objeto de análisis, cabe hacer algunas consideraciones respecto de determinados aspectos que pudieran

¹⁸ Recordemos que ambas son exigencias que marca el propio artículo 11 de la LCSP.

¹⁹ Ello está plenamente en línea con lo previsto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, que en su exposición de motivos ya indica que «la cooperación y colaboración son principios que tienen un valor central para la ordenación de estas relaciones en la medida en que su real aplicación y pleno desenvolvimiento pueden coadyuvar de forma decisiva a que los bienes y derechos públicos sean empleados de la forma más eficiente posible al servicio de los fines a que están destinados».

²⁰ Explotación económica de ámbito privado que tiene prevista la propia LCSP cuando al regular el contenido del CCPP incluye, entre las cláusulas que deben regularse, «(...) bases y criterios (...) en su caso, de los ingresos que el contratista pueda obtener de la explotación de las obras o equipos en caso de que sea autorizada y compatible con la cobertura de las necesidades de la Administración».

poner en cuestión la idoneidad de esta figura contractual para la implementación de grandes programas de defensa.

Analizamos a continuación algunos de los que han causado o pueden causar preocupación en el sector, y lo hacemos clasificándolos en las que constituyen las dos fases principales de la vida de un CCPP: (i) la fase preparatoria y de justificación de la necesidad de esta figura contractual y, (ii) la fase de diálogo y adjudicación.

3.1. LA FASE DE PREPARACIÓN

3.1.1. La subsidiariedad

Es preocupación manifestada en diversas ocasiones por la Administración de la Defensa y Seguridad la dificultad de orden práctico que puede suponer el hecho de que, tal y como prescribe el artículo 12 LCSP, «solo puedan celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 118, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas». Esta subsidiariedad, dicen los más críticos, ha relegado al desuso el CCPP, pues, si el legislador hubiera querido primar el uso de este tipo de contratos, no habría exigido que se descarten antes otros tipos regulados en la LCSP. No parece que pueda ponerse en duda que el legislador buscaba proporcionar un nuevo modelo de contrato o, mejor dicho, en nuestra opinión, un nuevo instrumento de contratación²¹ pensado para permitir la contratación de complejos servicios, obras o suministros cuya prestación no pudiera ser ni siquiera definida por la Administración, como tampoco los medios jurídicos, financieros y técnicos necesarios para alcanzar los objetivos proyectados. Ello en sí mismo habría de ser suficiente para justificar la sub-

²¹ Sobre la calificación del CCPP como instrumento de contratación en lugar de como nuevo tipo de contrato nominado resulta interesante lo expuesto por el profesor ARIÑO ORTIZ, Gaspar: «El Contrato de Colaboración Público-Privada», ponencia presentada en las *XI Jornadas sobre Administración Local* (Colegio de Secretarios e Interventores de Santa Cruz de Tenerife en Puerto de la Cruz entre el 8 y el 10 de octubre de 2008). A este respecto, el Profesor ARIÑO expone lo que denomina la teoría del «envoltorio», solución por la que se inclina tras considerar la posibilidad de calificar al CCPP «como nueva figura o, un nuevo tipo o modalidad contractual, tal como la ley parece entenderlo o si por el contrario es un puro nomen iuris, detrás del cual se ocultan otras figuras jurídicas, básicamente la concesión». El profesor ARIÑO califica al CCPP de envoltorio en el que caben distintos tipos de contratos.

subsidiariedad prevista por la LCSP. Pero además, es necesario recordar que el artículo 118 de la nueva Ley exige de la Administración *«un análisis comparativo con las formas alternativas de contratación que justifiquen en términos de obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos, los motivos de carácter jurídico, económico, administrativo y financiero que recomienden la adopción de esta fórmula de contratación»*. Es aquí, en nuestra opinión, donde la subsidiariedad se transforma en ventaja más que en inconveniente. Y ello porque la LCSP exige que el CCPP se presente como la *mejor fórmula*, tomando en consideración cualquiera de los cuatro criterios a los que hace expresa mención, esto es, *mayor valor por precio, coste global, eficacia o imputación de riesgos*.

Como es sabido, el CCPP no está regulado por la Directiva 2004/18CE del Parlamento Europea y del Consejo, de 32 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras de suministro y de servicios. Con la subsidiariedad se buscaba evitar que, bajo el pretexto de una complejidad a veces más que discutible, se buscara orillar el régimen general de selección de contratistas.

En nuestra opinión, la confluencia –más que probable en este tipo de contratos– de más de un tipo contractual (es decir, la presencia de contraprestaciones incluidas en más de un contrato de los nominados por la LCSP), junto a la existencia de algunos de los cuatro criterios antes expuestos, debería resultar suficiente para justificar, al amparo de lo exigido por el artículo 118.1, la adopción de esta fórmula contractual.

3.2. LA FASE DE DIÁLOGO Y ADJUDICACIÓN

Durante la fase de adjudicación del contrato, por las especiales características que el proceso de dialogo competitivo puede conllevar, se plantean algunos interrogantes, más que justificados, tanto por la industria como por la Administración.

3.2.1. El fomento de la competencia

Es preocupación de algunos representantes de la Administración del sector el conseguir atraer a estos procesos complejos de adjudicación a varios competidores para alcanzar la ventajas que la competencia suele traer consigo. La preocupación es comprensible: ¿Qué ocurriría si no se

cuenta con más de una oferta al darse comienzo al diálogo competitivo?, se pregunta la Administración. ¿Cómo puede fomentarse la participación en este tipo de procesos?

La experiencia recabada por la implementación de estos contratos en otros países –el Reino Unido es el ejemplo más que destacado, donde mayor número de CCPP se han desarrollado– indica que se trata de contratos que, por su complejidad y su proceso de elaboración, tardan en ejecutarse, por lo que los costes asociados a la participación en el diálogo competitivo pueden llegar a ser considerables y pueden convertirse en un obstáculo a la competencia.

El legislador europeo fue consciente de este inconveniente y dotó a los Estados miembros de una herramienta que les permitiese incentivar la participación en estos largos y costosos procesos de construcción contractual. La Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (que viene a transponer la LCSP) había previsto que los poderes adjudicadores pudieran establecer premios y pagos para los participantes en el diálogo. La LCSP así lo ha establecido a través de su artículo 163. 2º, según el cual *los órganos de contratación podrán establecer primas o compensaciones*. Resulta curioso comprobar la sustitución que el legislador patrio hizo del término *pagos* utilizado por la Directiva, frente al de *compensaciones* previsto por nuestra Ley. ¿Quiere ello decir que se trata no tanto de un incentivo como de una suerte de resarcimiento?, y así, ¿debemos interpretar que, en ese caso, la Administración realizará, en su caso, la oportuna *compensación* al finalizar el diálogo?

En todo caso, se trate de incentivo en forma de prima o de una recompensa como compensación, no cabe duda de que constituye un instrumento al servicio de la Administración cuyo uso nos parece recomendable si se busca fomentar la competencia en este tipo de procedimientos.

3.2.2. La confidencialidad

Parece adecuado recordar en este punto que la industria de defensa o seguridad, por su parte, podría tener otros recelos –además de los altos costes y recursos necesarios– para participar en el proceso de diálogo competitivo.

Recordemos que se trata de una fase preparatoria en la que, en definitiva, Administración e industria, conjuntamente, habrán de definir ele-

mentos sustanciales del contrato a suscribir, construyéndolo sobre la base de sugerencias, soluciones, aportaciones que irán realizando cada uno de los contratistas participantes en el diálogo. Algunas de las preocupaciones que los dialogantes podrían aducir resultan bastante obvias: el contratista dialogante pedirá garantías a la Administración en relación con la información y documentación a la que tenga acceso la Administración a lo largo del proceso para evitar su posible filtración a entidades competidoras. La confidencialidad será, sin duda, un elemento de especial preocupación para toda aquella entidad que participe en un proceso de diálogo competitivo.

Aun cuando es cierto que el diálogo competitivo no debería distar demasiado —en términos de confidencialidad— de otros procedimientos de adjudicación, en la medida en que tal diálogo habría de producirse siempre entre la Administración y cada uno de los licitadores, pero nunca entre los distintos candidatos, no puede negarse que su planteamiento, tal y como lo describe la nueva Ley, suscite dudas en el sector. De lo expuesto en los artículos 163 y siguientes de las LCSP, se deduce que será el órgano contratante quien dirija el diálogo, pero, siendo el fin de éste el de definir y determinar los *medios adecuados para satisfacer sus necesidades* y pudiendo debatirse a lo largo del proceso de intercambio *todos los aspectos del contrato*, no habría de sorprender la natural preocupación del sector en cuanto al mantenimiento de la confidencialidad.

Frente a esta preocupación se alzan varios argumentos. En primer lugar, la nueva LCSP es bastante más exigente en materia de confidencialidad y contiene varios mandatos explícitos a la Administración en relación con sus obligaciones de secreto. Así lo expone el apartado segundo del artículo 166 cuando dice que *«el órgano de contratación dará un trato igual a todos los licitadores y, en particular, no facilitará de forma discriminatoria información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto. El órgano de contratación no podrá revelar a los demás participantes las soluciones propuestas por un participante u otros datos confidenciales que éste le comunique sin previo acuerdo de éste»*. Además, la nueva LCSP incorpora entre sus principios, y como novedad, el de confidencialidad, respecto del cual, el artículo 124 establece que *«los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas»*.

Pues bien, se trata de una obligación asimilable a la de guardar secreto y exigible a cada uno de los individuos integrantes del órgano de contratación, obligación explícitamente presente, por ejemplo, en la nueva Ley

15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, cuyo artículo 43, además de fijarla, incorpora un segundo apartado en el que se indica que *«sin perjuicio de las responsabilidades penales y civiles que pudieran corresponder, la violación del deber de secreto se considerará siempre falta disciplinaria muy grave»*.

Por su parte, Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, califica en su artículo 95.2 apartados e) y f), respectivamente, de infracciones graves, entre otras, *«la publicación o utilización indebida de la documentación o información a que tengan o hayan tenido acceso por razón de su cargo o función»* y *«la negligencia en la custodia de secretos oficiales, declarados así por Ley o clasificados como tales, que sea causa de su publicación o que provoque su difusión o conocimiento indebido»*.

En cuanto a la legislación sectorial, hay que tener en cuenta la Ley Orgánica 8/1998, de 2 diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, a tenor de cuyo artículo 8 se califica como falta grave *«publicar datos que sólo puedan ser conocidos en razón del destino o cargo»*; y también la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar, que fija, en su artículo 53, penas de tres a diez años de prisión para aquellos militares que revelen información relativa a industrias de interés militar.

3.2.3. Derechos de propiedad industrial

Otro aspecto presente en muchos programas de Defensa que suele causar quebraderos de cabeza tanto a la Administración como a la industria es el manejo de los derechos de propiedad industrial asociados a los distintos sistemas que son objeto de adquisición por los ejércitos. La postura que suele ser habitual de la Administración a este respecto es la de considerar adquirida la propiedad de tales derechos al suscribir el correspondiente contrato. Por su parte, y como es natural, la industria tiende a ser muy reacia a conceder derechos plenos de explotación (con posibilidad de licencia incluida), y ello por múltiples razones, entre las cuales destaca el coste asociado a los desarrollos tecnológicos de este tipo de sistemas, pero no puede olvidarse el *know how* inherente y la ventaja competitiva que su transmisión pudiera conllevar.

Expuesto lo anterior, hay que mencionar la previsión incluida en el artículo 277 de la LCSP, según el cual, *«salvo que se disponga otra cosa en los pliegos de cláusulas administrativas o en el documento contractual, los contratos de servicios que tengan por objeto el desarrollo y la puesta a*

disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial llevarán aparejada la cesión de éste a la Administración contratante». Esta novedad, aunque aparentemente pudiera ser interpretada como una medida protectora de los derechos de la Administración por cuanto presume la existencia de una cesión a su favor, puede, en nuestra opinión, constituir un arma de doble filo. La cesión obligatoria que opera automáticamente, salvo que lo contrario se establezca en los pliegos, conllevará que las distintas ofertas presentadas por los licitadores incorporen el coste asociado a una cesión plena de derechos, el cual, como decíamos, y a la vista de las cuantiosas inversiones normalmente asociadas, puede que suponga un esfuerzo adicional por parte de la Administración que no sea fácilmente justificable. Porque, en definitiva, ¿necesita la Administración gozar de la titularidad plena de estos derechos para realizar un uso limitado a la operativa militar?, y si el uso está limitado al órgano de contratación, ¿tiene sentido gastar en su adquisición el precio que esta enajenación conlleva?, ¿no sería más adecuado a las necesidades y más eficiente desde el punto de vista de los recursos limitar el gasto a una mera cesión de uso?

4. ALGUNOS ASPECTOS CRÍTICOS DEL **PROJECT FINANCE** COMO INSTRUMENTO DE FINANCIACIÓN DE CCPP

4.1. DEFINICIÓN

Como es sabido, el *project finance* es una estructura de financiación con determinadas características propias que lo diferencian de otros esquemas disponibles en el mercado y lo hacen, a su vez, especialmente atractivo para proyectos con un elevado coste.

Sus cualidades más destacadas pueden resumirse en las siguientes: (i) financiación sin recurso o con recurso limitado a promotores; (ii) en la que el análisis fundamental que realizan las entidades bancarias se centra en el proyecto, y no en calidad crediticia del acreditado; (iii) como tal, los flujos previsibles del proyecto son los que garantizarán la devolución de los fondos financiados; (iv) ello implica que las entidades bancarias lleven a cabo un análisis pormenorizado de los riesgos existentes en el proyecto, y su asignación a los distintos sujetos participantes; y (v) con el ánimo de preservar en todo momento la viabilidad de la financiación es exigencia habitual de las entidades financieras el aislamiento de actividades, con el fin de evitar su posible «contaminación», y ello suele conseguirse adecuadamente constituyendo una entidad vehículo para el propósito único de

suscribir la financiación de proyecto, se trata de la denominada *single purpose vehicle*.

De la propia definición pueden deducirse algunas de las ventajas que este tipo de estructura de financiación trae consigo. En el ámbito que se analiza en las presentes notas y distinguiendo, como hemos venido haciendo, entre los intereses de la Administración y los de la industria, cabe destacar respecto de esta última la virtualidad de que se trata de una financiación cuya fuente de repago no es otra que la capacidad de generación de caja del proyecto con la consiguiente limitación de responsabilidad que para sus promotores ello conlleva; para la Administración, por su parte, no cabe duda de que una de las ventajas más destacables consiste en que, con un adecuado reparto de riesgos, es viable la consideración extra presupuestaria de este tipo de proyectos²².

4.2. ELEMENTOS PRINCIPALES

4.2.1. Sujetos

Entre los sujetos que son habituales en una estructura de *project finance*, nos encontraremos siempre con los promotores, la sociedad vehículo y las entidades financieras. En ocasiones, encontraremos, además, compañías de seguros y la Administración, que, sin ser un sujeto activo de la financiación del proyecto, es sin duda un actor esencial sin cuyo respaldo al proyecto difícilmente prosperará uno de esta naturaleza.

Llamamos promotores a los sujetos de quienes surge la iniciativa del proyecto que será objeto de financiación. En el ámbito de la defensa, se trataría de las empresas involucradas en la producción de los sistemas objeto de adquisición o de los servicios a prestar en el seno del CCPP. La Administración no suele ser parte de los promotores, salvo que nos encontráramos en un supuesto en el que se constituyera una entidad en la que participara la Administración, el llamado CCPP institucional.

²² Como es sabido, ello es así desde la publicación por la Agencia Europea de Estadística, Eurostat, de su Decisión 18/2004 de 11 de Febrero de 2004, sobre el Déficit y el Endeudamiento y Tratamiento de las Asociaciones Público-privadas. La Decisión, que se adecua al Sistema Europeo de Cuentas (SEC95), recomienda que los activos incluidos en una asociación público-privada se clasifiquen como activos no públicos, y por tanto sean contabilizados fuera del balance de las Administraciones Públicas si se cumplen las dos condiciones siguientes: (i) el socio privado asume el riesgo de construcción, y (ii) el socio privado asume, al menos, el riesgo de disponibilidad o el de demanda.

La sociedad vehículo o SPV es la entidad creada expresamente al objeto de suscribir los contratos de financiación, por un lado, y el CCPP, por otro. Se trata de la entidad que aglutinará, en forma de miembros o accionistas, a todos los promotores.

Y, finalmente, las entidades bancarias otorgantes del esquema de financiación a la SPV que, tanto en el crédito sindicado como en la modalidad *Club Deal*, normalmente son numerosas, permitiendo de este modo la diversificación de riesgos entre las diferentes entidades.

La intervención de las compañías de seguros no necesita mayor explicación, ya que se limita al aseguramiento de determinados riesgos del propio proyecto.

4.2.2. Objeto

El objeto de un contrato de *project finance*, como es natural, es la financiación del proyecto concreto de que se trate, lo que hace obligatoria la mención al objeto del CCPP. La LCSP no define el objeto de los Contratos de Colaboración. Su artículo 11 nos da una idea de las que pueden convertirse en prestaciones principales objeto de la colaboración y, por tanto, de financiación. Puede tratarse de la construcción de obras, equipos o sistemas complejos, de la gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas, de la fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada para aportar soluciones más avanzadas u otras prestaciones. Es un contrato mixto que por su complejidad previsiblemente incorporará distintas prestaciones²³.

Las entidades bancarias firmantes del contrato de crédito prestarán especial atención a los riesgos que se deduzcan tanto del CCPP como de los contratos asociados al proyecto y, entre ellos, en la tradicional clasificación, los riesgos de construcción, los de disponibilidad, los comerciales o de demanda y los derivados de cambios legislativos o políticos.

Entre los riesgos de construcción, se incluirán los de proyecto, como precios reformados, revisión de precios, fuerza mayor, problemas de falta de conformidad o incrementos de costes. Los riesgos de disponibilidad se refieren a la falta de cumplimiento de la cualidad o calidad comprometidas

²³ Así lo ha previsto la LCSP cuando establece la teoría de absorción para determinar el régimen jurídico de los contratos mixtos: «Cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase se atenderá en todo caso, para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico».

de las respectivas prestaciones; según se trate de obras, suministros o servicios, podrían incorporarse los volúmenes o calidad prefijados. Normalmente este tipo de riesgos irán asociados a fórmulas de pago y precio. Los riesgos de demanda son, como su nombre indica, los que se asocian a la existencia o falta de demanda de acuerdo con lo previsto contractualmente; serían riesgos no previsibles que suponen una alteración importante en las condiciones de contratación. Finalmente, estarían los riesgos como consecuencia de cambios políticos o en el marco legislativo²⁴.

4.2.3. Paquete de garantías *project finance*

En una estructura estándar de *project finance*, dependiendo del proyecto objeto de financiación del que se trate, encontraremos un paquete *estandarizado* de garantías, es decir, las garantías que cualquier entidad financiadora de la operación esperaría obtener del acreditado y que la harían financiable o más financiable (aportarían la denominada *bancability* al proyecto).

Por ejemplo, si nos encontramos en el ámbito portuario, no cabe duda de que el paquete vendría a estar protagonizado por la hipoteca de la concesión correspondiente a la terminal portuaria para cuya construcción se buscase financiación. Está claro que la hipoteca concesional vendría acompañada de otros instrumentos de garantía (pignoración de derechos de crédito, de cuentas bancarias, de acciones del concesionario, de activos relacionados), pero no parece dudoso que los bancos apreciarían especialmente la existencia de una hipoteca concesional. Las razones las resume con acierto y precisión PAREJO GAMIR²⁵ cuando afirma que «*todo el sistema legal de la hipoteca de la concesión está encaminado a reforzar la posición del acreedor hipotecario, tanto vigente la hipoteca (y la conce-*

²⁴ Los que responden a los principios de Derecho administrativo «*factum principis*» o «*ius variandi*» y que se atribuyen a la Administración ofreciendo al sujeto privado mayor seguridad jurídica. Como señala GARCÍA DE ENTERRÍA, «*el poder exorbitante por excelencia de la Administración pública en materia de contratación es su potestad de decidir en forma unilateral y ejecutoria sin requerir la intervención de una autoridad judicial, vinculando al contratista a estas decisiones y obligándolo a impugnación ex post de estas ante los órganos jurisdiccionales y corriendo con la carga de la prueba (...). En la doctrina se regulan dos formas mediante las cuales una decisión unilateral de la Administración Pública puede modificar un contrato durante su fase de ejecución. La primera de ellas es el concepto de *factum principis*, que consiste en la afectación que produce en la relación contractual una decisión adoptada por la Administración Pública*» (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomas Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I. Cuarta Edición, Madrid: Civitas, pp. 635-636.

²⁵ Véase PAREJO GAMIR, Roberto: «Financiación privada...», *op. cit.*, p. 1299.

sión) como a la hora de la extinción de ésta y de la ejecución de aquélla». Así es, porque además de las diferentes acciones legales de las que dispone el acreedor en la fase de vida de la concesión y su hipoteca (acciones de devastación por la que el acreedor está capacitado para dirigirse al Juzgado ante la pérdida de valor de la concesión, derecho de subrogación, que permite al acreedor subrogarse en la concesión ante la inminente resolución de la concesión por incumplimiento del concesionario, y otros, como participar en los rendimientos de la concesión) está la ejecución hipotecaria por la que el acreedor solicita la realización de la concesión que se ofrecerá en subasta y se adjudicará.

Se comprende así, en apretadísima síntesis, por qué los acreedores bancarios preferirán siempre la constitución de una hipoteca sobre la concesión entre el haz de posibles garantías que ofrezca el acreditante. Pero, para ello, es condición sola y pura la existencia de una concesión, condición que no se dará en proyectos de diferentes características pero cuya ausencia no impedirá la utilización del *project finance* como medio de financiación²⁶.

Así, la pregunta es obligada: ¿cabría en el ámbito de las instalaciones de los ejércitos incorporar, dentro de las diversas prestaciones que un CCPP puede integrar, el otorgamiento de una concesión al sujeto firmante del CCPP? Porque no cabe duda de que la existencia de una concesión permitiría superar dos importantes obstáculos: por un lado, como hemos expuesto, facilitaría considerablemente la *bankability* del proyecto, pero, no menos importante sería la posibilidad que la existencia de una concesión brindaría de aumentar la duración del correspondiente CCPP por el período adicional que, conforme al artículo 290 LCSP, es dable cuando, por razón de la prestación principal que constituye su objeto y de su configuración, el régimen aplicable sea el propio de los contratos de concesión, que, conforme al artículo 244, puede extenderse hasta cuarenta años.

A primera vista, no encontramos razones para excluir la concesión de este tipo de contratos, aunque la prudencia aconseja esperar a que se regule el régimen de financiación privada y las modalidades de captación de fondos que serán aplicables a los titulares de contratos de colaboración público-privada²⁷. Ahora bien, desde el prisma del régimen hoy vigente²⁸

²⁶ Pensemos, por ejemplo, en la construcción de flotas de transporte (buques, aeronaves, trenes), o en otros grandes proyectos como los asociados a la construcción de complejas instalaciones para la producción de energías renovables.

²⁷ Como anticipábamos, hasta el momento sólo está disponible una versión del Anteproyecto de esta Ley, que deja en términos muy abiertos las posibles modalidades de financiación de los adjudicatarios de contratos de colaboración público-privada.

²⁸ Los artículos 253 al 260 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que

no parece que el CCPP hubiera de excluirse en la aplicación de los cuatro productos financieros que se ofrecen, esto es –siguiendo el razonable orden que propone PAREJO GAMIR²⁹–: la hipoteca de la concesión, los créditos participativos, la titulización de créditos propios y la emisión de obligaciones.

Pero volviendo a la cuestión de las garantías propias de un *project finance*, debemos centrarnos en las alternativas a la concesión que podrían ser utilizadas, entre ellas, la pignoración. La constitución de un derecho de prenda podría recaer sobre las acciones del sujeto titular del CCPP, sobre los derechos que éste ostenta en diversos contratos, en especial sobre los derechos de crédito o, sencillamente, sobre las cuentas bancarias dedicadas al proyecto en cuestión y adonde irán a parar los flujos que permitirán el repago de la deuda.

Un derecho de crédito puede ser gravado con prenda. Tal posibilidad ya ha sido admitida de manera constante por la jurisprudencia. Sin embargo, con la entrada en vigor de la que denominaremos, por economía lingüística, Ley 41 /2007³⁰ se reformó el artículo 54 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, permitiendo que la prenda se constituya sobre derechos de crédito en dos modalidades: como prenda ordinaria, también denominada posesoria o con desplazamiento (prenda *stricto sensu*), o como prenda no posesoria o prenda sin desplazamiento.

Como acertadamente dice CARRASCO PERERA³¹ «*la disp. final 3.^a de la Ley 41/2007, sin relación alguna con el propósito de dicha ley —que tiene por objeto el mercado hipotecario—, proclama que los créditos, aun los futuros, podrán ser pignorados por medio de prendas sin desplazamiento posesorio que, para su válida constitución, requerirán de la inscripción en el Registro de Bienes Muebles*». Con independencia de la confusión o temor introducido en el sistema financiero al que hace referencia el autor antes citado, nos inclinamos por suscribir su opinión en cuanto a que se trata del *mejor sistema imaginado para proveer de eficacia erga omnes a estas formas de garantías mobiliarias ocultas*.

se han mantenido vigentes por mor de lo dispuesto en la disposición derogatoria única de la LCSP que lo ha excluido.

²⁹ Véase PAREJO GAMIR, Roberto: «Financiación privada...», *op. cit.*, p. 1291.

³⁰ Se trata de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia, y por la que se establece determinada norma tributaria.

³¹ CARRASCO PERERA, Ángel: «Nuevos dilemas en el mercado de las garantías reales: prendas registradas y prendas no registradas sobre derechos de crédito», *Diario La Ley*, 6867, 23 de enero de 2008, pp. 1-6.

Aunque no puede equipararse con la protección que ofrece el Registro de la Propiedad (donde se inscribiría la hipoteca sobre un inmueble o sobre una concesión), la inscripción en el Registro de Bienes Muebles –hay que recordar que el Registro de Bienes Muebles es un registro de gravámenes, y no de titularidades como el Registro de la Propiedad–, no debe descartarse dada la salvaguarda que su publicidad frente a terceros ofrecerá a las entidades bancarias.

Y es en este punto donde debe mencionarse que la reforma operada por la Ley 41/2007 incorpora la posibilidad de sujetar a prenda sin desplazamiento, inscribible, como hemos dicho, en el Registro de Bienes Muebles, los derechos de crédito derivados de un contrato suscrito con la Administración, como podría serlo un CCPP: *«Podrán sujetarse a prenda sin desplazamiento los créditos y demás derechos que correspondan a los titulares de contratos, licencias, concesiones o subvenciones administrativas siempre que la Ley o el correspondiente título de constitución autoricen su enajenación a un tercero. Una vez constituida la prenda, el Registrador comunicará de oficio esta circunstancia a la Administración Pública competente mediante certificación emitida al efecto. Los derechos de crédito, incluso los créditos futuros, siempre que no estén representados por valores y no tengan la consideración de instrumentos financieros a los efectos de lo previsto en el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, podrán igualmente sujetarse a prenda sin desplazamiento. Para su eficaz constitución deberán inscribirse en el Registro de Bienes Muebles»*.

5. ESTRUCTURA CONTRACTUAL ASOCIADA A LA IMPLEMENTACIÓN DE UN CCPP A TRAVÉS DE UN PROJECT FINANCE

Definidos los rasgos de una financiación de proyecto, y con el ánimo de hacer una pequeña recapitulación, cabe describir la estructura contractual asociada a la implementación de un CCPP a través de una financiación de proyecto.

Decíamos más arriba que es habitual en este tipo de estructuras de financiación la constitución de una SPV con el propósito de no contaminar a la entidad acreditante con riesgos no asociados al proyecto. Además de atender al propósito de aislamiento de riesgos, la constitución de un vehículo cobra también justificación como entidad aglutinadora de los di-

ferentes proveedores que pueden verse involucrados en un contrato de la naturaleza del comentado. Programas de la complejidad de los que podrían ser objeto de este tipo de contratos suelen implicar la colaboración de numerosas entidades e industrias que aportan distintos sistemas, activos o compleja tecnología. A los anteriores cabe añadir un tercer argumento en favor de la constitución de un vehículo *ad hoc*, y es el de proporcionar al cliente final un único interlocutor en el que se aglutinen todas las entidades fabricantes de los distintos elementos o tecnología asociada así como los integradores de sistemas. Pues bien, de todos ellos se deriva la necesidad de la suscripción de un primer grupo de contratos: el contrato de accionistas o miembros de la sociedad vehículo. En él se regularán aspectos como el propio funcionamiento de la sociedad vehículo, su forma de gestión y los órganos a quienes se encargue ésta, la participación de los distintos socios o miembros en los órganos de gestión y votación de la entidad, pero también aspectos tales como los procedimientos de separación de socios y sus consecuencias, las exigencias de financiación, los conflictos de interés, la colaboración tecnológica exigida por la sociedad a sus miembros, etc. Hasta aquí los contratos asociados al sujeto adjudicatario de un CCPP.

En segundo lugar estarían los contratos asociados al proyecto, entre los cuales destaca sin duda el propio CCPP por el que la Administración contratante encomienda la colaboración correspondiente a la SPV. Siguiendo con los contratos que habrá de suscribir la SPV para desarrollar el proyecto, dependiendo del tipo de colaboración público-privada de que se trate, y, en concreto, de si ésta incluye la obligación de realizar determinadas obras (ya sean obras de acondicionamiento, por ejemplo, en instalaciones de los distintos ejércitos, u obras de edificación o de otra naturaleza para posibilitar la prestación de determinados servicios en tales instalaciones), se habrán de suscribir los contratos de construcción. Los riesgos asociados a estos contratos de construcción serán objeto de un pormenorizado análisis por parte de los bancos financiadores. Por su parte, para la prestación de los servicios o la entrega de los suministros que se incluyan en la colaboración público-privada con la Administración, la SPV habrá de suscribir diversos contratos (o subcontratos) con cada uno de los distintos promotores, atendiendo a la tecnología, servicios o aportación concreta que realice cada uno de ellos.

Finalmente, en un tercer paquete de contratos encontraríamos los de financiación. Como se ha adelantado, la SPV suscribiría el correspondiente contrato de crédito con las distintas entidades formantes del sindicato o del club. Tal y como ha quedado expuesto más arriba, parte muy relevante del grupo de contratos de financiación lo será el paquete de garantías que

la acreditada otorgue a los bancos. Al tratarse de un *project finance*, y aun cuando es habitual que las entidades financieras exijan lo que podría denominarse como la pignoración universal, es previsible que las garantías exigidas por los bancos se concreten en aquellas asociadas al proyecto, sin recurrir —o recurriendo muy limitadamente, como se ha reiterado— a aquéllas que pudieran ser prestadas por los promotores. Hablamos de la pignoración de los derechos de crédito nacidos del propio CCPP, de la pignoración de las cuentas bancarias del proyecto y de la de las acciones de la SPV, así como de otros activos que pudieran ser objeto del proyecto. Pero la figura más habitual en contratos de *project finance* es, sin duda, como hemos expuesto más arriba, la hipoteca de concesión, cuando la concesión existe, cosa que a nuestro entender podría ocurrir en el marco de un CCPP, pues podría incorporar entre sus prestaciones la existencia de una concesión.

La fotografía contractual de una colaboración público-privada con financiación de proyecto quedaría por tanto dibujada de la siguiente manera: en el centro situaríamos a la SPV, que suscribiría el CCPP con la Administración, los de financiación con las entidades financieras y, en línea descendente, los subcontratos de operación y mantenimiento con los respectivos promotores. Por encima de la SPV figurarían los respectivos promotores, que suscribirían entre ellos el acuerdo de accionistas o miembros de la SPV.

6. UNA BREVE REFERENCIA A LOS ANTECEDENTES DEL CCPP

Prometíamos al comenzar estas líneas dedicar algunas de ellas a los antecedentes e historia reciente de la contratación público-privada para recompensar al lector que aún conserve el interés. Hay muchos autores que exponen con magistral capacidad los antecedentes de la colaboración público-privada, situando la mayoría de ellos su instauración en Europa³² en la década de los noventa, y concretamente en la Inglaterra de los Gobiernos de Margaret Thatcher como un alternativa, una *tercera vía*, a las nacionalizaciones, por un lado, y a las privatizaciones, por otro.

Las colaboraciones público-privadas vendrían a tomarse en consideración al albur de las teorías desarrolladas en los años sesenta que defendían

³² Algunos autores explican el origen de estas colaboraciones situándolo en los Estados Unidos durante los años setenta y atribuyendo a la Administración Reagan una nueva regeneración de estas técnicas como parte de su política de contención de gasto a través de recortes presupuestarios. Véase DORREGO DE CARLOS, Alberto y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, Francisco: «La participación privada en la gestión de infraestructuras...», *op.cit.*, pp. 41 y ss.

la convicción de que el sector privado era más eficiente en la gestión de recursos que el sector público. Hasta la aparición de esta tercera vía, las grandes infraestructuras y servicios eran acometidas por los Estados, que se reservaban los servicios prestados y los bienes en los que éstos se prestaban como públicos sometiendo a ambos a un régimen exorbitante³³. Este régimen se hace con el tiempo insostenible para el Estado³⁴ por múltiples razones, no sólo unidas a los altísimos costes asociados a su construcción y mantenimiento, sino también, en Europa, debido a la convergencia exigida por la adopción de la moneda única y los límites al déficit público impuestos. Los vacilantes inicios se sitúan en Gran Bretaña con motivo del establecimiento de un naciente *Private Finance Initiative*, PFI que permitía cumplir con los estrictos criterios de convergencia, aunque a costa, a veces, de un simple diferimiento de la inversión pública. Los PFI incorporaron dos de los principios aún hoy presentes en cualquier fórmula de colaboración público-privada: el reparto de los riesgos a quien mejor pueda asumirlos y la obtención de un mayor valor por precio, el denominado *value for money*.

Hasta aquí un apretadísimo resumen de los más destacados antecedentes históricos del CCPP. Cabe, no obstante, cerrar este capítulo dedicado a sus precursores con la necesaria referencia a las fuentes más inmediatas de nuestra nueva figura contractual. Es obligada la mención al Libro Verde³⁵ sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, hecho en Bruselas y presentado por la Comisión el 30 de abril de 2004. En él se incorporaron los elementos que entonces³⁶ se juzgaron necesarios para fomentar el debate sobre la aplica-

³³ Véase ARIÑO ORTIZ, Gaspar: «El Contrato de Colaboración...», *op. cit.*, p. 3.

³⁴ Como acertadamente exponen DE ÁLVARO MONTERO y ACHA BESGA es ya norma que «la disponibilidad por parte de los gobiernos de recursos financieros con los que subvenir a sus necesidades de satisfacción del interés general no crezca en la misma proporción que las necesidades de seguir mejorando los servicios públicos de los Estados». Véase DE ÁLVARO MONTERO, Ángel y ACHA BESGA, Borja: «La colaboración público-privada: el convenio de colaboración entre el sector público y el privado en la Ley de Contratos del Sector Público», en *Régimen jurídico de la Industria al servicio de la Defensa*. Madrid: Aranzadi, 2009, pp. 475 y ss.

³⁵ Existen otras iniciativas comunitarias posteriores, como la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, COM/2005/0569, y Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI).

³⁶ Es interesante destacar que el Libro Verde comienza reconociendo la dificultad de definir la nueva figura: «La expresión «colaboración público-privada» (CPP) carece de definición en el ámbito comunitario. En general, se refiere a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la

ción del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones al fenómeno de la CPP, distinguiéndose entre lo que se ha venido en denominar la CPP institucionalizada y la contractual. Pero, como sabemos, el Libro Verde forma parte de la denominada *soft law*, es decir, un documento sin fuerza jurídica determinante. Por su parte, los CCPP no fueron regulados en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Ello ha supuesto que los Estados miembros no se hayan visto en la obligación de regular esta nueva figura jurídica contractual por obligación de la normativa comunitaria, en cuyo ámbito el CCPP no dispone de un régimen normativo. No obstante, algunos países disponen de normativa reguladora de la colaboración público-privada. Se pueden mencionar, en telegráfica referencia, Francia, con la *Ordonnance núm. 2004-559* ya mencionada según resultó modificada por la *Loi 2008-735, 28 Juin relative aux contrats du partenariats*³⁷, y Alemania, con la *ÖPP-Beschleunigungsgesetz*³⁸.

Así, la incorporación a nuestra legislación patria, con el establecimiento de un régimen específico en la LCSP que transpone otros aspectos de la Directiva 2004/18/CE, se puede calificar como de pionera en el sentido de que añade al régimen específico del CCPP algunos de los aspectos regulados por aquella³⁹.

financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio».

³⁷ A este respecto es interesante el comentario a la *Loi 2008-735* que realiza Pedro MICHELENA en un artículo del diario *Expansión* de 27 de febrero de 2009, del que extraemos lo siguiente: «El caso más significativo es el de Francia, donde con una regulación que presentaba problemas similares a la nuestra (lógicamente, pues, había sido tomada por el legislador español como su modelo directo) se ha producido una importante reforma a través de la Ley nº 2008-735 de 28 de julio de 2008. A raíz de la misma se permite en relación con el Contrato de Colaboración (i) que todos los poderes adjudicadores y no sólo las Administraciones públicas, en sentido estricto, puedan acudir a esta técnica de contratación; (ii) que también puedan utilizarse los procedimientos abierto y negociado y no sólo el de diálogo competitivo; (iii) que el contrato quepa, tanto cuando no se pueden definir los medios técnicos y jurídicos como (pero no conjuntamente) cuando resulta que su utilización parece más indicada que otras alternativas de contratación y además que también sea posible cuando (aunque no concurra ninguna de las circunstancias anteriores) el proyecto presente un carácter de urgencia».

³⁸ Para ampliar la información sobre la legislación comparada recomendamos consultar BASELGA GARCÍA-ESCUADERO, Pilar: «Materiales para el estudio de la Colaboración Público-Privada (CPP): una bibliografía comparada», en *La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos administrativos y financieros*. Madrid: La Ley, 2009, pp. 773 y ss.

³⁹ Por ejemplo, uno de los aspectos quizá más polémicos de la regulación del CCPP en nuestra LCSP, la imposición del Diálogo Competitivo como procedimiento obligado de adjudicación de los CCPP.

En este punto, y a modo de sugerencia final que invite a la reflexión, procede traer a estas páginas la inédita cuestión que acertada y oportunamente plantea el Profesor BLANQUER CRIADO. En un contexto en el que puede mantenerse la distinción inicial que acertó a introducir el Libro Verde de la Contratación Público-Privada, según la cual, la colaboración público-privada puede realizarse mediante dos fórmulas, la institucionalizada –que pasa por la constitución de una entidad mixta– y la forma contractual, cabe cuestionarse si la legislación y jurisprudencia actuales habrían venido a contribuir al impulso de estas nuevas fórmulas de contratación. El Profesor BLANQUER CRIADO plantea, por un lado, que las perspectivas de la CPP institucionalizada se han visto considerablemente recortadas a resultas de los pronunciamientos judiciales y, en concreto, de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de Luxemburgo de 8 de abril de 2008, según la cual la contratación de grandes suministros militares, en la medida que se realice en favor de una entidad con capital privado *aunque sea minoritario*, excluye que la entidad pública pueda ejercer un control análogo al que ejercería sobre sus propios servicios, decayendo así uno de dos requisitos exigidos por reiterada e innumerable jurisprudencia⁴⁰ del Tribunal de Justicia para eximir a la correspondiente Administración (la República italiana, en el caso en cuestión) del requisito de la licitación⁴¹. Por su parte, y en lo que respecta a la CPP contractual, como es sabido, el artículo 19 de la LCSP somete tales contratos al régimen administrativo, tanto durante la fase de preparación y adjudicación como en la de interpretación y ejecución, sin que quepa la aplicación del Derecho privado ni siquiera en cuanto a sus efectos y extinción. El sometimiento al régimen administrativo trae consigo, como sabemos, la presencia de las prerrogativas de la Administración y su exorbitante poder, lo que, en sí mismo, puede casi considerarse como una *contradictio in terminis*, cuando hablamos, como es el caso, de una figura contractual que habría de estar presidida por la colaboración.

⁴⁰ Véanse las sentencias de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03; de 13 de enero de 2005, Comisión/España, C-84/03; de 10 de noviembre de 2005, Comisión/Austria, C-29/04; y de 11 de mayo de 2006, Carbotermo y Consorzio Alisei, C-340/04.

⁴¹ Como sabemos, si la licitación no puede evitarse, por aplicación de la LCSP, el procedimiento para la adjudicación de CCPP es necesariamente el Diálogo Competitivo.

LA LEY ORGÁNICA REGULADORA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS MIEMBROS DE LA GUARDIA CIVIL COMO BASE DE UNA FUTURA LEY DE DERECHOS Y DEBERES DEL MILITAR

Cristina Amich Elías
Teniente Auditor

*Los cimientos principales de todos los Estados son las buenas leyes y las
buenas armas, y no puede haber buenas leyes donde no hay buenas armas.*

Tolstoi

SUMARIO

Introducción. Capítulo I. Marco Jurídico. Capítulo II. Los Derechos Civiles. 2.1. Introducción. 2.2. Derechos Civiles. 2.2.A. Derecho a la Igualdad. 2.2.B. Derecho a la Libertad y Seguridad. 2.2.C. Derecho al Honor y a la intimidad personal y familiar. 2.2.D. Libertad de Residencia y Circulación. 2.2.F. Libertad de Expresión e Información. Capítulo III. Los Derechos Políticos, y demás disposiciones de la LO 11/2007 y del Proyecto de ley. 3.1. Introducción. 3.2. Los Derechos Políticos. 3.2.A. Derecho de Reunión y Manifestación. 3.2.B. Derecho de Asociación. 3.2.C. Derechos de Participación Política. 3.2.D. Derecho de Sindicación. 3.2.E. Derecho de Petición. 3.3. Otras disposiciones de la LO 11/2007 y del Proyecto. 3.3.A. Derechos y deberes profesionales y sociales. 3.3.B. Consejos Superiores. 3.3.C. Observatorio de la Vida Militar. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

La Disposición Final Tercera de la Ley Orgánica de Defensa Nacional 5/2005, de 17 de noviembre, establece:

El Gobierno, en el plazo de tres meses, deberá remitir al Congreso de los Diputados un proyecto de ley reguladora de los derechos fundamenta-

*les de los militares profesionales, que incluirá la creación del Observatorio de la vida militar*¹.

Nos encontramos, por tanto, ante un claro mandato legislativo que, dejando al margen el incumplimiento de plazos, suscita interrogantes acerca de su necesidad, operatividad y configuración.

La temática sobre los derechos de los miembros de las Fuerzas Armadas, su extensión y límites, es recurrente entre los estudiosos del derecho por encerrar una complejidad retadora, que entronca con cuestiones como el contexto europeo, la evolución histórica, el sistema democrático, el cambio social, y, como no podía ser menos, la variabilidad legislativa y reglamentaria.

A pesar de existir numerosas investigaciones de desigual valía al respecto de este tópico, consideramos que, en este momento temporal, podemos aportar nuestro grano a la arena del debate. Ello es debido, precisamente, a las últimas novedades acontecidas en nuestro entorno legislativo, con la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, y el Real Decreto 26/2009, de 6 de febrero de las Reales Ordenanzas (RROO). A ello debe sumarse que, tras la aprobación el 14 de mayo de 2010 por el Consejo de Ministros del Anteproyecto de Ley de Derechos y Deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, el 7 de julio, y con leves modificaciones a raíz del Informe del Consejo de Estado, el Consejo de Ministros aprobó el Proyecto de Ley Orgánica y su remisión al Congreso de los Diputados.

De esta forma, el trabajo que se afronta en las siguientes páginas tiene como principal objetivo comprobar, a través del análisis jurídico del articulado de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, la posibilidad de aplicación de los derechos contenidos en su articulado a los miembros de las Fuerzas Armadas, con las adecuaciones que, en su caso, serían necesarias, apoyándonos, para ello, en el estudio del nuevo Proyecto de Ley de Derechos y Deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, para observar las adaptaciones propuestas por el legislador en esta fase del proceso de creación normativa.

Al mismo tiempo, y como objetivos secundarios del estudio, pretendemos poner de manifiesto los derechos y deberes ya reconocidos a los miembros de las Fuerzas Armadas en otros textos jurídicos generales y particulares, resaltar las limitaciones de la Ley de la Guardia Civil en relación con el ejercicio de la función pública militar, y relacionar el marco del ejercicio de derechos y cumplimiento de deberes con las leyes reguladoras

¹ Las referencias legislativas o jurisprudenciales se encuentran en cursiva, mientras que la reproducción de citas de autor, aparecen entrecomillada.

del régimen penal y disciplinario de los miembros de la Guardia Civil y de las Fuerzas Armadas.

La metodología empleada es el análisis lógico-deductivo de los textos legales principales sobre la materia a abordar, esto es, la Constitución española (CE) de 1978, las Reales Ordenanzas de 1978 y 2009, y, por supuesto, la LO 11/2007 y el Proyecto de 2010. En este análisis acudimos también a otras fuentes jurídicas, tanto leyes, como Reglamentos y Órdenes Ministeriales, así como a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Sala V del Tribunal Supremo, sin olvidar la aportación de fuentes de carácter secundario como son tanto informes de asesorías jurídicas de las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil, como bibliografía destacada sobre las diferentes cuestiones estudiadas.

Esta exploración jurídica pretende combinar tanto el análisis de la literalidad de los preceptos, como el de la sistematización de las leyes de las que proceden, para finalizar con el estudio de su operatividad en el contexto de aplicación.

Para afrontar estas cuestiones hemos optado por una estructura en tres capítulos, el primero de ellos dedicado a la exposición de la problemática que afrontamos, con la contextualización de la Guardia Civil y las Fuerzas Armadas en nuestro sistema constitucional, así como con la presentación de las principales fuentes de las limitaciones establecidas en el ejercicio de sus derechos por parte de los militares. En el Capítulo II iniciamos el estudio de dichos derechos, según la sistemática de la LO 11/2007, de 22 de octubre; de esta forma, este capítulo está destinado a los denominados derechos civiles (igualdad, libertad, intimidad, residencia, y libertad de expresión e información). Posteriormente, el Capítulo III se centra en los derechos de carácter político (reunión y manifestación, asociación, sufragio, sindicación y huelga y petición), así como al abordaje somero de algunas cuestiones relativas al Consejo Superior, y al previsible futuro Observatorio de la Vida militar, si bien el estudio de estas instituciones no se configura como un objetivo de este trabajo. Por último, las conclusiones aportan una síntesis final de las principales consideraciones extraídas del estudio realizado.

CAPÍTULO I. MARCO JURÍDICO

La Guardia Civil (GC) es, según señala el Artículo 23 de la LO de Defensa Nacional 5/2005, de 17 de noviembre, *un Instituto armado de naturaleza militar, dependiente del Ministro del Interior en el desempeño*

de las funciones que se le atribuyen por la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y del Ministro de Defensa en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que se le encomienden.

Su doble funcionalidad –policial y militar– y su doble dependencia han acarreado innumerables dudas acerca de su verdadera naturaleza –a pesar de que, como señala y reitera² la LO de Defensa Nacional, dicha naturaleza es militar–, así como sobre la normativa que le es aplicable a sus miembros, especialmente en el ámbito penal y disciplinario.

Al respecto de esta cuestión es necesario realizar las siguientes matizaciones: Ciertamente es que según la Constitución de 1978 la Guardia Civil no forma parte de las Fuerzas Armadas (FAS):

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. (Artículo 8.1).

Pero, al mismo tiempo, la CE, tampoco recoge explícitamente en su artículo 104 que la institución de la Guardia Civil forme parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, remitiéndose a una futura Ley Orgánica para la determinación de las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de éstas, lo que efectivamente se hizo con la Ley Orgánica 2/86 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que recogió en su artículo 9 a la Guardia Civil como parte de las mismas³.

Al respecto de este silencio constitucional, el Tribunal Constitucional (TC) señala en Sentencias 93/86, de 7 de julio y 149/89, de 16 de noviembre, entre otras, que *de la no mención en el artículo 8.1 no se sigue que el legislador tenga vedado por la Constitución atribuir «naturaleza militar» a la Guardia Civil, sino, por el contrario, ello significa el reconocimiento de un ámbito de disponibilidad del legislador en orden a la definición y configuración de dicho Instituto.*

Frente a las tesis de los dos bloques institucionales rígidos e incommunicables incluidos respectivamente en los antes citados artículos 8 y 104, se sostiene en la mencionada Sentencia, que el propio texto constitucional (Art. 28.1 y 29.2) prevé y permite la existencia de Institutos Armados y Cuerpos sometidos a disciplina militar distintos de las Fuerzas Armadas, reconociendo una figura intermedia entre éstas y las Fuerzas y Cuerpos

² Puesto que dicha naturaleza aparece también establecida en los artículos 13 y 15 de la LO 2/86 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

³ Quedando, por tanto, vinculada al cumplimiento de las misiones establecidas en el artículo 104 de la Constitución, desarrolladas en la LO 2/86, además de a las misiones del artículo 8.

de Seguridad no sometidas a dicha disciplina. Todo ello en el marco de la admisión de la existencia de un *tertium genus* en relación con el binomio Fuerzas Armadas-Fuerzas de Seguridad del Estado.

En todo caso, es necesario citar el desarrollo de una normativa propia, diferenciada de la normativa militar, como es, en primer lugar, la Ley 42/99, de Régimen de Personal del Cuerpo de la Guardia Civil, si bien no debemos olvidar que esa ley establece en su artículo 2 que los guardias civiles son militares⁴, adquiriendo dicha condición *al obtener el primer empleo, conferido por Su Majestad el Rey y refrendado por el Ministro de Defensa, e incorporarse a la escala correspondiente del Cuerpo* (artículo 12), teniendo en cuenta, en todo caso, que según el artículo 37, los alumnos también quedan sometidos al régimen de derechos y deberes de los guardias, al igual que los alumnos de las Fuerzas Armadas⁵. Como normativa propia destaca también el régimen disciplinario⁶, aprobado en 1991 (LO 11/91, de 17 de junio) y reformado en 2007 (LO 12/2007, de 22 de octubre) y la aprobación de la legislación que a este texto más atañe, la de la Ley Orgánica de 22 de octubre de 2007, reguladora de los derechos y deberes de los Miembros de la Guardia Civil (LO 11/2007).

Dicha ley no responde al perentorio cumplimiento de un mandato legislativo, pues no puede considerarse como el acatamiento de la Disposición Final Tercera de la LO 5/2005. Según la Exposición de Motivos del propio texto, la razón de la aprobación es principalmente la necesidad de adecuación del Cuerpo a la realidad social, con especial hincapié en los cauces de participación y expresión que se abren a través de la regulación de las asociaciones profesionales. La paralela reforma del régimen disciplinario, a la que hemos aludido hace unas líneas, permite las innovaciones de las que consta la ley, lo que suscita la cuestión de si, al margen de dichas innovaciones en el ámbito de los derechos de participación y expresión, este texto aporta algún cambio sustancial en el régimen de derechos y deberes ya existente y reconocido en diversas normas, desde la Constitución a la propia LO 2/86.

⁴ A pesar de ello, y para resultar más claros en nuestra exposición, cuando hablemos de militares nos referiremos exclusivamente a los miembros de las Fuerzas Armadas, mencionando expresamente a los guardias civiles cuando sea necesario.

⁵ Artículo 3.7 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre de la Carrera Militar.

⁶ Si bien, y en relación con la condición de militar del Guardia Civil y su vinculación con las misiones del artículo 8.1 de la CE, la Disposición Adicional Sexta (DA) de esta Ley Disciplinaria propia señala que cuando los miembros de dicho Cuerpo lleven a cabo misiones de naturaleza militar o cuando se integren en Unidades Militares, les resultará de aplicación el régimen disciplinario de las FAS, es decir, la LO 8/98, de 2 de diciembre.

Es esa pregunta la que nos lleva a la problemática central del presente estudio, esto es, al hecho de hasta qué punto tiene sentido el mandato legislativo de la LO 5/2005 y su cumplimiento, si las innovaciones presentes en la ley de la Guardia Civil no son aplicables a los miembros de las Fuerzas Armadas. Para responder a dicha pregunta vamos a analizar la LO 11/2007, y su virtual aplicabilidad a los miembros de las Fuerzas Armadas, teniendo en cuenta las propias limitaciones que al ejercicio de sus derechos fundamentales se establecen en la CE, así como a la existencia de conceptos como los de jerarquía, disciplina o sujeción especial, a los que no son ajenos los miembros de la Guardia Civil. Es en este punto en el que entra también en escena el Proyecto de Ley Orgánica de Derechos y Deberes de los Miembros de las Fuerzas Armadas (en adelante, el «Proyecto»), como primer escalón legislativo del mandato de la Ley Orgánica de Defensa Nacional, ya que su análisis paralelo nos ayudará a comprobar de forma efectiva las adecuaciones/transformaciones que se estiman que debe sufrir la LO 11/2007 para ser aplicable a las FAS, y si dichas modificaciones suponen o no vaciar la futura ley de un verdadero reconocimiento de derechos.

Pero antes de comenzar dicho análisis, conviene hacer referencia al mapa legislativo general de los derechos y deberes del militar, con especial hincapié en la reforma de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, llevada a cabo en el año 2009, así como en la reforma de la Ley de personal, acometida en 2007. Esto es debido a que, mientras que con anterioridad a dichas reformas se podía afirmar que en ningún otro ámbito de la función pública se encontraba una tan exhaustiva y acabada definición legal de derechos y deberes⁷, dicha aseveración no puede ser actualmente sostenida. Las Reales Ordenanzas de 1978 (Ley 85/1978 de 28 de diciembre) contenían en los Títulos V y VI del Tratado III los derechos y deberes del militar y del militar de carrera. Al mismo tiempo, la Ley 17/99 de 18 de mayo sobre el Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas regulaba en el Título XII los «derechos y deberes de los militares profesionales».

Por el contrario, y tal vez en previsión del cumplimiento del mandato legislativo de la LO de Defensa Nacional, las nuevas normas, tanto las Reales Ordenanzas (Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero), como la Ley de la Carrera Militar (Ley 39/2007, de 19 de noviembre) no contienen más que una limitada referencia a estas cuestiones, dejando un panorama legis-

⁷ MOZO SEOANE, A., (2001), «Reflexiones sobre los derechos y deberes del militar profesional», *Normativa reguladora del militar profesional en el inicio del Siglo XXI y otros estudios jurídicos militares*, Ministerio de Defensa, Madrid, p. 33.

lativo extremadamente pobre en lo que a clarificación de los derechos del militar se refiere, más allá del reconocimiento contenido y limitado en la Constitución y textos internacionales. Ciertamente es que dichas disposiciones dejan en vigor algunos de los artículos de las antiguas RROO y de la Ley 17/99 referidos precisamente a los derechos fundamentales y profesionales y que iremos analizando a lo largo de este trabajo, pero ello no es óbice para sostener que, desde un punto de vista práctico, la elaboración de un texto jurídico de derechos y deberes del militar no parece innecesario. Aún así, sigue dejando en suspenso la cuestión de si, en dicho texto son jurídicamente admisibles avances significativos en el estatuto personal del militar profesional que justifiquen la aprobación de la ley más allá de las aludidas razones prácticas.

En este sentido, es necesario hacer mención de la existencia de dos corrientes doctrinales principales en lo que a la justificación de las limitaciones de derechos fundamentales y libertades públicas del militar atañe⁸:

1.º) Institucionalista: Aquella basada en las singularidades orgánicas de las Fuerzas Armadas dentro de la organización estatal, lo cual exige un ordenamiento específico con principios propios.

2.º) Relaciones de especial sujeción: Aquella basada en la relación especialmente intensa con el aparato legislativo, apoyada en compromisos de lealtad y obediencia, que otorga al Estado una supremacía sobre estos servidores públicos permitiendo la limitación de derechos.

En nuestro ordenamiento jurídico ha primado esta segunda corriente doctrinal, si bien con las matizaciones necesarias derivadas del marco constitucional; sin embargo, es de opinión extendida entre la doctrina que, en la actualidad, los límites a las libertades públicas del militar profesional deben basarse en la *neutralidad política* que le es exigible. Efectivamente, y como veremos, es en el ámbito del ejercicio de los denominados clásicamente derechos civiles y políticos en el que con más intensidad se observan las reticencias político-sociales a eliminar limitaciones de ejercicio. Aún así, y como también tendremos ocasión de analizar, en la aplicación práctica de todo el elenco de derechos fundamentales, y no sólo en aquellos de carácter participativo, existen matices que, sea o no necesario incluir específicamente en un texto jurídico sobre esta cuestión, sí deben ser tenidos en cuenta por sus titulares, especialmente a la hora de enfrentar los correlativos deberes y las posibles sanciones penales y disciplinarias.

Todo ello deviene, como señalábamos, del reiterado principio de *neutralidad política* que se configura como esencial en los textos destinados a

⁸ Ibid., p. 42.

los miembros de las Fuerzas Armadas y a la Función Pública Militar. No es, sin embargo, y genéricamente hablando, un principio exclusivo de dicha rama de la función pública. Así, el artículo 52 del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril) recoge como principio de actuación, entre otros, la neutralidad, al tiempo que su régimen disciplinario tipifica como falta muy grave:

*La violación de la neutralidad e independencia políticas, utilizando las facultades que tenga atribuidas para influir en los procesos electorales de cualquier naturaleza o ámbito*⁹.

Por tanto, es éste un principio formulado para garantizar la estabilidad y la objetividad de los funcionarios públicos en el cumplimiento de las misiones encomendadas, principio que en el ámbito militar parece cobrar especial intensidad debido fundamentalmente al carácter del servicio concreto que éstos prestan y que aparece recogido en el ya citado artículo 8.1 de la Constitución.

Toda esta cuestión conlleva, en definitiva, afrontar la existencia, como señala CARLOS OLLERO de «dos concepciones distintas de los Ejércitos: la de unas Fuerzas Armadas absolutamente apolíticas que viven en sí y para sí mismas, sin conexión funcional ni social con la comunidad en que existen, y por lo mismo cerradas, impermeables y herméticas, nutridas de una estructura impenetrable en la que sólo se rinde culto a unos ideales, principios y valores castrenses, y sin más preocupación respecto a la sociedad en que están insertas que la que en ella se produzca un orden externo. La concepción contraria es la que propugna unos Ejércitos políticamente mentalizados, en permanente simbiosis con las estructuras, formaciones e instituciones del país, titulares efectivos de cuantos derechos y libertades gocen todos los ciudadanos y al servicio no ya de los intereses nacionales sino de las vigencias ideológico-políticas que se produzcan en cada comunidad nacional. En esta concepción las Fuerzas Armadas nutren sin más una rama de la Administración estatal y sus miembros tan sólo por la función e indumentaria de los que en ella actúan se distinguen de los demás [...]»¹⁰.

Expresado de una forma menos visceral, cabe señalar, como indica SÁNCHEZ TABANERA¹¹ que el «principio de neutralidad no ha de impedir nece-

⁹ Real Decreto 33/1986 de 10 de enero de Reglamento Disciplinario de la Administración del Estado, artículo 6.g).

¹⁰ OLLERO, C., (1982), «Constitución y Reales Ordenanzas», *Primeras Jornadas Fuerzas Armadas-Universidad*, Ceseden-Universidad Complutense, Madrid.

¹¹ SÁNCHEZ TABANERA, M^a. A., (2007), *El deber de neutralidad política como límite a la libertad de expresión de los miembros de las Fuerzas Armadas*. Trabajo de investigación no publicado.

sariamente, al menos en tiempos de paz, toda participación de los miembros de las Fuerzas Armadas, sino tan sólo asegurar la objetividad de la Administración Militar en el cumplimiento de sus funciones, excluyendo cualquier presión política de ésta sobre los ciudadanos y sobre los poderes públicos».

A pesar de las opiniones doctrinales que abogan por una bajada de intensidad en los constreñimientos que la neutralidad política como principio de actuación del militar puede acarrear, lo cierto es que su mención es constante, como antes reseñábamos, en los textos jurídicos destinados al reconocimiento de derechos del colectivo, como veremos en este trabajo, comenzando por su inclusión explícita como deber en el artículo 18 Título III de la LO 11/2007 de la Guardia Civil, y continuando con las reiteradas referencias que realiza el «Proyecto», desde la Exposición de Motivos hasta el artículo 7, que se encuentra en el Título Preliminar, Disposiciones Generales, opción de sistemática jurídica que pone de manifiesto la relevancia que se le concede a esta cuestión, pasando por la concreta regulación de derechos fundamentales que se realiza.

Debemos añadir que en el caso concreto del Guardia Civil, esa neutralidad política que se le exige, también se encuentra basada en su condición de empleado público y de militar, si bien la LO 11/2007 no habla de la condición de militar de los miembros de la GC, sino de la Institución, señalando en su artículo 1 que su objeto *es regular los derechos que corresponden y los deberes que le son exigibles a los miembros de la Guardia Civil en el desarrollo del régimen de los derechos y libertades públicas establecidos por la Constitución y de los principios del Estado social y democrático de Derecho, con las particularidades derivadas de su carácter de Instituto Armado de naturaleza militar.*

Admitido en sede constitucional el límite que el deber de neutralidad política puede imponer al reconocimiento de derechos, sin que ello exima de una justificación concreta en cada caso, cabe preguntarse si otros conceptos como *jerarquía, disciplina o unidad* pueden también ser usados como base para las restricciones, partiendo siempre del hecho de que la Constitución configura un sistema propio de reconocimiento de derechos fundamentales y libertades públicas, con límites particulares y explícitos en determinados casos, así como con la limitación genérica contenida en el artículo Artículo 55¹².

¹² 1. Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3; artículos 19, 20, apartados 1, a y d, y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción.

Lo cierto es que, como señala GIL HONDUVILLA, los tres principios señalados conviven imbricados entre sí, de forma que «no puede haber una estructura jerarquizada sin disciplina, ni ésta puede existir sin su aplicación sobre una estructura, de algún modo, jerarquizada»¹³. Al mismo tiempo, «el principio de unidad tiene una conexión con los principios de jerarquía y disciplina que permite el funcionamiento armónico del Ejército y actúa a modo de correa de transmisión entre todos los miembros de las Fuerzas Armadas para el cumplimiento de las misiones que tienen encomendadas»¹⁴. Jerarquía, disciplina y unidad han sido considerados por el Tribunal Constitucional como esenciales en el contexto militar, precisamente para el cumplimiento de las misiones señaladas en el artículo 8 de la CE¹⁵. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, al igual que los derechos fundamentales no son absolutos, sus límites tampoco lo son, es más: «insinuar la existencia de unos límites naturales, ontológicos, pacíficos e indiscutibles a los mismos sólo es resultado de un planteamiento idealista, dogmático o ingenuo, que no se aviene al sinuoso relativismo de la tensa y compleja dinámica social»¹⁶. Por ello, la admisión por el Alto Tribunal de la importancia de los principios citados no exime de justificar, cuando sea necesario, las restricciones que se pretendan imponer al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los militares.

Antes de finalizar este Capítulo y comenzar nuestro análisis de los derechos fundamentales contenidos en la LO 11/2007 de 22 de octubre, es necesario hacer referencia a la existencia de un marco genérico de deberes o reglas de comportamiento que se usan como partida de cualquier posterior desarrollo de derechos del militar. Dichas reglas se encuentran actualmente recogidas en el artículo 4 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de

2. Una Ley Orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha Ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las Leyes.

¹³ GIL HONDUVILLA, J., *Limitaciones penales y disciplinarias de los derechos de manifestación, reunión y asociación en el derecho militar español*, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Trabajo sin publicar, p. 59.

¹⁴ PÉREZ VILLALOBOS, M^a. C., (2001), «La configuración constitucional de las Fuerzas Armadas», *Revista Española de Derechos Militar*, nº 78, Ministerio de Defensa, Madrid, p. 167.

¹⁵ Vid., entre otras, la STC 371/1993, de 13 de diciembre.

¹⁶ CARMONA SALGADO, C., (1991), *La libertad de expresión e información y sus límites*, EDESA, Madrid, p. 91, citado por GIL HONDUVILLA, Op. Cit., p. 62.

Carrera Militar¹⁷, y hacen en varios de sus apartados específica referencia a los principios que estamos abordando:

Séptima. 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.

Octava. Desempeñará sus cometidos con estricto respeto al orden jerárquico militar en la estructura orgánica y operativa de las Fuerzas Armadas, que define la situación relativa entre sus miembros en cuanto concierne a mando, subordinación y responsabilidad.

Novena. La responsabilidad en el ejercicio del mando militar no es renunciable ni puede ser compartida. Los que ejerzan mando tratarán de inculcar una disciplina basada en el convencimiento. Todo mando tiene el deber de exigir obediencia a sus subordinados y el derecho a que se respete su autoridad, pero no podrá ordenar actos contrarios a las leyes o que constituyan delito.

Décima. Obedecerá las órdenes que son los mandatos relativos al servicio que un militar da a un subordinado, en forma adecuada y dentro de las atribuciones que le correspondan, para que lleve a cabo u omita una actuación concreta. También deberá atender los requerimientos que reciba de un militar de empleo superior referentes a las disposiciones y normas generales de orden y comportamiento.

Decimotercera. Se comportará en todo momento con lealtad y compañerismo, como expresión de la voluntad de asumir solidariamente con los demás miembros de las Fuerzas Armadas el cumplimiento de sus misiones.

Estas reglas, también de aplicación a los miembros de la Guardia Civil, tal y como se establece en el artículo 1.3 de la Ley, han sido reproducidas en el artículo 6 del «Proyecto», previéndose, además, la modificación del artículo 4 de la Ley 39/2007 para que haga referencia directa a la futura Ley de derechos y deberes de los miembros de las FAS. Su existencia, necesaria, como ha quedado establecido por el TC (STC 21/1981), no debe, sin embargo, usarse para ampliar restricciones que no estén avaladas por la Constitución o sus normas orgánicas de desarrollo de una manera concreta.

La propia Exposición de Motivos del «Proyecto» señala que las limitaciones al ejercicio de derechos deben ser proporcionadas y respetuosas

¹⁷ Dando cumplimiento al mandato de la LO 5/2005 de Defensa Nacional, cuyo artículo 20 decía: *Mediante ley, de acuerdo con la Constitución, se establecerán las reglas esenciales que definen el comportamiento de los militares, en especial, la disciplina, la jerarquía, los límites de la obediencia, así como el ejercicio del mando.*

con el contenido esencial. Se deben establecer con el objetivo de que las Fuerzas Armadas, manteniendo sus características de disciplina, jerarquía y unidad y el principio de neutralidad, estén en condiciones de responder a las exigencias en el ámbito de la seguridad y la defensa nacional. Aunque tal vez habría sido más adecuado hacer referencia explícita a las misiones constitucionales, ya que «las exigencias de la seguridad y defensa nacionales» resultan más amplias y no necesariamente iguales a lo expresado en el artículo 8.1 de la CE¹⁸, vemos como, a priori, el propio documento refleja la necesidad de proporcionalidad de las restricciones.

Señalado todo esto, y como exponíamos en la Introducción, vamos a dedicar los siguientes capítulos al estudio de los derechos reconocidos y a las limitaciones establecidas en la LO 11/2007 de 22 de octubre, adentrándonos también en el estudio del Proyecto de Ley de Derechos y Deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas.

CAPÍTULO II. LOS DERECHOS CIVILES

2.1. INTRODUCCIÓN

La LO 11/2007 establece en su artículo 2º que los miembros de la Guardia Civil:

[...] son titulares de los derechos fundamentales y de las libertades públicas reconocidos en la Constitución, sin otros límites en su ejercicio que los establecidos en ésta, en las disposiciones que la desarrollan y en la presente Ley Orgánica.

Ese reconocimiento genérico de los derechos y libertades contenidos en la Constitución no es único ni novedoso en el ámbito de las instituciones militares, y así, las RROO de 1978 recogen en su artículo 169, aún vigente,

¹⁸ Para concretar es necesario acudir al artículo 15 de la LO 5/2005 de la Defensa Nacional: 1. Las Fuerzas Armadas, de acuerdo con el artículo 8.1 de la CE tienen atribuida la misión de garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional. 2. Las Fuerzas Armadas contribuyen militarmente a la seguridad y defensa de España y de sus aliados, en el marco de las organizaciones internacionales de las que España forma parte, así como al mantenimiento de la paz, la estabilidad y la ayuda humanitaria. 3. Las Fuerzas Armadas, junto con las Instituciones del Estado y las Administraciones públicas, deben preservar la seguridad y bienestar de los ciudadanos en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas, conforme a lo establecido en la legislación vigente. 4. Las Fuerzas Armadas pueden, asimismo, llevar a cabo misiones de evacuación de los residentes españoles en el extranjero, cuando circunstancias de inestabilidad en un país pongan en grave riesgo su vida o sus intereses.

la misma cuestión: *El militar tiene los derechos civiles y políticos reconocidos en la Constitución, sin otras limitaciones que las impuestas por ella, por las disposiciones que la desarrollen y por estas Ordenanzas*¹⁹.

La misma sistemática sigue «el Proyecto», si bien este caso, cabe destacar la matización que se incluye en el artículo 3º con la frase *sin otros límites en su ejercicio que los establecidos [...] en las leyes orgánicas penales y disciplinarias militares*, lo que supone un específico recordatorio a los destinatarios de las normas de la existencia de un concreto sistema de responsabilidad, relacionado de forma predominante con los deberes de comportamiento y los principios de jerarquía y disciplina a los que hemos hecho referencia en el primer capítulo.

Por otro lado, este reconocimiento genérico implica que no todos los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la CE estén reiterados en el articulado de la LO 11/2007 ni en el «Proyecto», siguiendo el criterio de no incluir aquellos que se consideran libres de restricciones.

2.2. LOS DERECHOS CIVILES

2.2.A. Derecho a la Igualdad

El artículo 14 de la CE establece:

Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Al margen del reiterado reconocimiento del derecho a la igualdad contenido en los textos internacionales, la LO 11/2007 también establece una declaración explícita, tanto desde un punto de vista formal, como material, es decir, de aplicación del artículo 9.2 de la CE²⁰, señalando que:

1. En el régimen interno y funcionamiento de la Guardia Civil no podrá establecerse ni practicarse discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo u orientación sexual, religión, opinión, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

¹⁹ No vamos a entrar en este trabajo a debatir las cuestiones relativas a la constitucionalidad de las Reales Ordenanzas de 1978, y a la legitimidad de las limitaciones en ellas contenidas.

²⁰ 9.2: *Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.*

2. *Las autoridades competentes promoverán las medidas necesarias para garantizar que en el ámbito de la Guardia Civil la igualdad entre el hombre y la mujer sea real y efectiva, impidiendo cualquier situación de discriminación profesional, especialmente en la prestación del servicio, en el sistema de ingreso, formación, situaciones administrativas, ascenso y acceso de la mujer a todos los niveles de mando y organización del Instituto.*

En primer lugar, es necesario centrar nuestra atención en la expresión «en el régimen interno y el funcionamiento»; esto es debido a que no se reconoce en este artículo la igualdad de los miembros de la Guardia Civil con el resto de los ciudadanos en el disfrute de sus derechos y libertades, pues esto haría innecesarias más disquisiciones al respecto de esta ley, sino la igualdad entre los propios miembros del instituto en relación con los parámetros señalados.

En segundo lugar, debemos indicar que este derecho no aparece limitado en el ámbito constitucional de forma explícita a los militares, como sí ocurre en el caso de otros derechos que analizaremos posteriormente. Tampoco existe otra normativa que establezca dichas restricciones. Su aplicabilidad, por lo tanto, no sólo es posible sino necesaria, y ha llevado, entre otros logros, al ingreso de las mujeres en las Fuerzas Armadas²¹. De esta forma, el propio «Proyecto» también recoge en su artículo 4 (Título Preliminar) similar reconocimiento y previsión. En todo caso, ya el artículo 185 de las RROO de 1978, aún en vigor, establece la prohibición de discriminación:

En las Fuerzas Armadas ninguno de sus miembros será objeto de discriminación por razón de sexo, raza, nacimiento, religión, opinión o cualquier otra condición personal o social.

Mientras que el artículo 13 de las RROO de 2009 recoge la aplicabilidad del artículo 9.2. de la CE, en el ámbito concreto de la igualdad entre hombres y mujeres: *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*²².

²¹ El Real Decreto-ley 1/1988 de 22 de febrero permitió por primera vez la incorporación voluntaria de las mujeres a las Fuerzas Armadas, si bien establecía limitaciones en los destinos que podrían ocupar, atendiendo a su mayor exigencia física. En la actualidad, hay absoluta equiparación, tal y como se estableció en el artículo 129 de la Ley 17/1999, y en el Real Decreto 66/2000 de 21 de enero. Las actuales leyes de personal de tropa y marinería 8/2006 de 24 de abril y de la Carrera Militar (39/2007 de 19 de noviembre) reiteran estas cuestiones.

²² Cabe destacar en este marco la existencia de una profusa normativa de desarrollo destinada a hacer efectivas en el ámbito de las Fuerzas Armadas disposiciones de carácter internacional y nacional (como el artículo 65 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo), entre las que podemos mencionar el Real Decreto 293/2009, de 6 de marzo, por el que se aprueban las medidas de protección de la maternidad en el ámbito de la enseñanza en las Fuerzas Armadas.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, al igual que sucede en otros ámbitos tanto públicos como privados, la proclamación de la igualdad no supone igualdad absoluta y en toda circunstancia, pues, como señala, entre otras, la Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1981, de 2 de julio:

La igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

Es decir, y por poner un ejemplo, la aplicación de un régimen jurídico diferente en el ámbito del desarrollo de la carrera militar a los miembros de tropa y marinería no supone una desigualdad anticonstitucional.

No vamos a extendernos más en el análisis del principio de igualdad, baste señalar que, al igual que acontece en otros ámbitos socio-laborales, el reconocimiento explícito debe venir acompañado de una normativa de desarrollo, y ésta, a su vez, de un efectivo cumplimiento.

Por otro lado, no sólo debe atenderse a la igualdad en el desarrollo de la carrera militar, sino en el propio acceso a la misma, esto es, en el acceso a la función pública militar. Sin embargo, y dado que este es un derecho establecido en el artículo 23 de la CE (en conjunción con el artículo 103.3), dejaremos nuestras consideraciones para el momento en que abordemos este derecho, en el siguiente capítulo.

2.2.B. Derecho a la libertad y seguridad

Establece el artículo 4 de la LO 11/2007 que los miembros de la Guardia Civil *sólo podrán ser privados de su libertad en los casos previstos en las leyes*. Lo cierto es que, en el contexto del nuevo marco legal que se establece para el Instituto Armado, el reconocimiento explícito de ese derecho, reflejo del Artículo 17 de la CE²³, cobra especial relevancia una vez

²³ 1. *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley.*

2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada

la Ley Disciplinaria 12/2007 eliminó la posibilidad de aplicar la sanción de arresto ante las faltas cometidas²⁴.

Muy diferente, sin embargo, es el panorama al que se enfrenta el militar de las Fuerzas Armadas, ya que, si bien el «Proyecto» también señala que éste sólo podrá ser privado de su libertad en los casos previstos en las leyes y en las formas en que éstas dispongan, su vigente Ley Disciplinaria (LO 8/98, de 2 de diciembre) mantiene el arresto como una modalidad de sanción²⁵, que, además, puede ser excepcionalmente aplicada sin necesidad de procedimiento previo, tal y como se establece en el artículo 26, párrafo segundo:

Si se trata de una falta que por su naturaleza y circunstancias exige una acción inmediata para mantener la disciplina y la subordinación, podrá ordenar el arresto del infractor en su domicilio o Unidad durante el tiempo máximo de cuarenta y ocho horas, en espera de la posterior decisión de la autoridad o mando con potestad disciplinaria, a quien dará cuenta de la disposición adoptada, de modo inmediato.

Se ha señalado²⁶ que la posibilidad de que la Administración Militar aplique sanciones privativas de libertad está implícitamente permitida en la CE, al prohibirse en el artículo 25.3 dicha potestad a la Administración Civil. Si bien estamos de acuerdo con dicha interpretación, lo cierto es que debe ser tenido en cuenta que tal posibilidad no se contempla en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (CEDH, artículos 5 y 6). Eso conllevó la necesidad de que, al ratificar dicho Convenio, se realizaría la necesaria reserva por parte del Estado español en relación con la ley disciplinaria de las FAS.

Fue precisamente el «olvido» de especificar la existencia de dicha reserva en relación con el régimen disciplinario de la Guardia Civil lo que llevó a que en Sentencia de 2 de noviembre de 2006, el Tribunal Europeo

a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la Ley establezca.

4. La Ley regulará un procedimiento de *habeas corpus* para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por la Ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.

²⁴ Si bien, como ya hemos indicado, la Disposición Adicional Sexta de la Ley Disciplinaria de la GC señala que cuando los miembros de dicho Cuerpo lleven a cabo misiones de naturaleza militar o cuando se integren en Unidades Militares, les resultará de aplicación el régimen disciplinario de las FAS.

²⁵ De uno a treinta días en domicilio o Unidad por falta leve y de un mes y un día a dos meses en establecimiento penitenciario militar por falta grave (Artículo 9).

²⁶ JIMÉNEZ VILLAREJO, J., (2001), «Derechos y deberes del militar profesional en la Constitución Española», *Revista Española de Derecho Militar*, nº 77, Ministerio de Defensa, Madrid, p. 241.

de Derechos Humanos²⁷ concluyese que la reserva española al artículo 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en cuanto al régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, no cubría el régimen disciplinario de la Guardia Civil, establecido en la Ley Orgánica 11/1991 de 17 de junio, al tratarse de una ley específica e independiente, y en consecuencia estimase contrario a dicho precepto del Convenio *el arresto en domicilio impuesto en su día el reclamante en fecha 2 de marzo de 1998, por falta leve, al venir impuesto por el superior jerárquico del demandante que no tiene la condición de autoridad judicial independiente*. En palabras del General Auditor, Jefe de la Asesora Jurídica de la GC:

La eficacia meramente declarativa a la que alude las sentencia aludida determina que no queden afectadas las situaciones jurídicas ya completamente ejecutadas y que el criterio sentado despliegue sus efectos ex nunc, es decir desde la fecha de recepción de la Sentencia del TEDH, no comportando otra obligación que la de tener en cuenta a partir de tal momento que la imposición de arrestos en la Guardia Civil, sin una reserva expresa al Convenio Europeo, resulta contraria al artículo 5.1 del Tratado. Según consta en el párrafo 52 de la Sentencia, el recurrente indicó que la constatación de la violación demandada constituirá una satisfacción equitativa suficiente por los perjuicios sufridos, con lo que no viene compelida la Administración a efectuar ninguna actuación para el restablecimiento de la situación jurídica individualizada, distinta a la contemplada en el proceso de referencia.

La nueva interpretación fue, como hemos señalado, trasladada a la LO 12/2007, de 22 de octubre, pero lo acontecido llevó también a la necesaria actualización de las reservas de España a los artículos 5 y 6 del CEDH. Así, el arresto se configura como una medida sancionadora legal en el ámbito de las FAS, pero, en el marco de este trabajo, cabe hacer una reflexión sobre la necesidad de dicha sanción en el contexto actual, y, por tanto, sobre el mantenimiento de esta limitación en el ejercicio de los derechos fundamentales por parte del militar, la cual va más allá de las establecidas para el resto de los ciudadanos, incluidos los miembros de la Guardia Civil.

No cabe duda de que los conceptos de unidad, jerarquía y disciplina, a los que hemos hecho referencia en el capítulo primero, deben ser traídos aquí a colación como parte del fundamento del estatuto jurídico peculiar al que los militares se ven sometidos, y que se usa también como justifi-

²⁷ Vid. al respecto DÍAZ PÉREZ DE MADRID, A., (2008), «Tribunal Europeo de Derechos Humanos -- TEDH - Sentencia de 02.11.2006, 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*, Año nº 12, nº 30, pp. 527-544.

cación de otras limitaciones de derechos fundamentales y libertades públicas que veremos posteriormente. Concretamente, en el ámbito del arresto disciplinario, es la disciplina el aspecto que cobra mayor relevancia, y la pregunta, no por obvia menos interesante, si para el mantenimiento de la misma –indispensable para el funcionamiento de las FAS y el cumplimiento de sus misiones, según reiterada jurisprudencia–, se hace imprescindible la existencia de esta sanción. ¿Cabría sustituirla por la pérdida de haberes, como se ha hecho en el ámbito de la Guardia Civil?, ¿son equiparables las misiones *a priori* encomendadas a ambas instituciones?, ¿es necesario, por tanto, el mismo grado de disciplina? Es obvio que las respuestas no provienen del ámbito jurídico, sino de una determinada concepción de la naturaleza y funcionamiento de nuestros Ejércitos. En este sentido, cabe resaltar que los países de nuestro entorno, incluso aquellos que establecen un amplio reconocimiento de derechos a los militares, superior al que se produce en nuestro ordenamiento jurídico, recogen la sanción de arresto por la comisión de faltas disciplinarias²⁸.

En nuestra opinión, la situación actual de la Guardia Civil y de los miembros de las FAS en cuanto a la labor encomendada y cotidianamente desarrollada no es equiparable. Por ello, si bien es cierto que en el Instituto Armado también es exigible la disciplina, como evidencia el hecho de la existencia de una ley específica destinada a su mantenimiento (LO 12/2007, de 22 de octubre), su incumplimiento no conlleva las mismas consecuencias perjudiciales para la misión que se pueden producir en las Fuerzas Armadas, del mismo modo que la rápida restitución de la misma no se evidencia tan imperiosa como en dicho ámbito. Es por esta razón por la que cabe indicar que la supresión del arresto del panorama sancionador de la Guardia Civil no puede verse únicamente como una respuesta a un error político de no inclusión de la reserva necesaria en el CEDH, sino que responde a un proceso de modernización posible, dada la labor eminentemente policial desarrollada por esta institución. Y dicha tesis se encuentra apoyada en el hecho de que, en caso de que los miembros de dicho Cuerpo lleven a cabo misiones de naturaleza militar o se integren en Unidades Militares, les resulta de aplicación el régimen disciplinario de las FAS; es decir, a misma función y consecuencias de la indisciplina, igual régimen sancionador. (DA 6 de la LO 12/2007).

²⁸ Si bien es cierto que en el ámbito anglosajón se permite que el presunto infractor se niegue a ser sancionado y su caso sea visto por un Tribunal Militar. GIL HONDUVILLA, J., *Op. Cit.*, pp. 44-46.

Más problemático resulta el mantenimiento de la medida recogida en el artículo 26 de la LO 8/98 y antes citado, pues, si bien es cierto que se trata de una disposición excepcional, parece excesiva, a la luz del catálogo de faltas contenidas en la norma y que, precisamente por su menor gravedad, no son consideradas de entidad delictiva. El tenor del artículo 26 no especifica qué faltas podrán precisar del arresto inmediato para el mantenimiento de la disciplina, haciendo únicamente referencia a la naturaleza y circunstancias de la acción, y dejando, por tanto, en manos del mando superior la interpretación precisa.

Finalmente, y en relación con el marco penal, cabe hacer referencia a las disposiciones de la Ley Procesal Militar (LPM, LO 2/89, de 13 de abril). No existen grandes especialidades en esta norma en relación con la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y, por tanto en lo que a las restricciones procesales a los derechos analizados en este apartado se refiere, si exceptuamos el Artículo 234, el cual señala:

En ningún caso se admitir la libertad provisional con fianza en los procedimientos seguidos ante la Jurisdicción Militar.

La existencia de esta disposición sólo puede responder a las mismas causas anteriormente apuntadas para la subsistencia de la sanción de arresto en el ámbito disciplinario, esto es, los valores de unidad, jerarquía y disciplina que, a su vez, configuran una mayor *reprochabilidad* de la conducta delictiva militar, dada su concreta naturaleza, justificativa a su vez, de la existencia de un régimen penal especializado.

Finalmente, y como señala MARTÍN DELPÓN, una vez analizas las disposiciones del Capítulo VIII del Título II de la LPM, y concretamente los artículos 200 a 214 dedicados a la detención, cabe concluir, como indicábamos, que «las especificidades procesales militares en relación con el la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el derecho consagrado en el artículo 17 de la CE son pocas, cabe hablar de la necesidad de comunicación a la autoridad militar de la que dependa el detenido, y el traslado a dependencias militares». Añade DELPÓN que lo esencial, «aquello que el mando militar debe tener en consideración en todo momento, es que la detención del militar acordada por un órgano de la jurisdicción ordinaria implica inexorablemente la puesta a disposición judicial. Esa autoridad judicial, y nunca el mando militar, será la competente para poder decidir acerca de los traslados [...] acerca, en suma de cualquier vicisitud que pueda afectar a la detención»²⁹.

²⁹ MARTÍN DELPÓN, J.L., (2007), La detención del militar profesional: algunas cuestiones de procedimiento, *Revista Española de Derecho Militar*, nº 89, Ministerio de Defensa, Madrid, pp. 272-273.

2.2.C. Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen

El artículo 5 de la LO 11/2007 establece:

1. Los miembros de la Guardia Civil tienen garantizados los derechos a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, en los términos establecidos en la Constitución y en el resto del ordenamiento jurídico. A estos efectos el pabellón que tuviera asignado el Guardia Civil en su unidad se considerará domicilio habitual.

2. El jefe de la unidad, centro u órgano donde el Guardia Civil preste sus servicios podrá autorizar, de forma expresamente motivada, el registro personal o de los efectos y pertenencias que estuvieren en los mismos, cuando lo exija la investigación de un hecho delictivo. El registro se realizará con la asistencia del interesado y en presencia de, al menos, un testigo.

3. Los datos relativos a los miembros de la Guardia Civil estarán sujetos a la legislación sobre protección de datos de carácter personal.

Como podemos ver, el primer apartado del artículo supone un trasunto del derecho reconocido a los ciudadanos en el artículo 18 de la CE³⁰, sin más limitaciones que las establecidas ya en éste y relativas a los registros e intervención de las comunicaciones. Son precisamente el segundo y último párrafo de este apartado los más relevantes a la hora de enfrentarnos a estos derechos en el ámbito de la Guardia Civil. Y en relación directa con ello, se hace necesario mencionar la redacción escogida por el «Proyecto» de ley de derechos y deberes de los militares en su artículo 9:

1. El militar tiene derecho a la intimidad personal, dentro de las posibilidades que permitan las características de las distintas unidades y las circunstancias en que tengan lugar las operaciones.

También tiene derecho al secreto de las comunicaciones y a la inviolabilidad del domicilio, incluido el ubicado dentro de las unidades, en los términos establecidos en la Constitución y en el resto del ordenamiento jurídico.

Se deberá respetar su dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso, tanto sexual y por razón de sexo, como profesional.

³⁰ 1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en el sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

4. La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

2. *Las revistas e inspecciones deberán respetar estos derechos.*

Cuando existan indicios de la comisión de un hecho delictivo o de una falta disciplinaria militar muy grave o grave, o, por razones fundadas de salud pública o de seguridad, el jefe de la unidad podrá autorizar, de forma proporcionada y expresamente motivada, el registro personal y de sus taquillas, así como de los efectos y pertenencias que estuvieran en la unidad. Dicho registro se realizará con la asistencia del interesado y en presencia de, al menos, dos testigos o solo de éstos si el interesado debidamente notificado no asistiera.

3. *Los datos relativos a los miembros de las Fuerzas Armadas estarán sujetos a la legislación sobre protección de datos de carácter personal.*

Antes de centrarnos en el derecho a la inviolabilidad del domicilio en el ámbito militar –cuestión que ha sido objeto de controversias doctrinales, dada la situación de pertenencia y vivencia de militares y guardias civiles en las unidades, tanto en España como en misiones internacionales–, conviene resaltar la relevancia de que se haya optado por incluir en este documento una referencia explícita a un derecho a la dignidad, más vinculado en nuestra Constitución y ordenamiento jurídico (léase el CP), a los tratos degradantes atentatorios contra la integridad/libertad sexual, si bien consideramos que sería más acertada su redacción de forma independiente en otro artículo destinado a la dignidad, o su integración en el artículo sobre la igualdad.

Volviendo al asunto general, esto es, el derecho a la intimidad y la inviolabilidad de domicilio y comunicaciones, lo cierto es que se encontraba ya explícitamente reconocido a los militares en las anteriores Reales Ordenanzas, cuyo artículo 174 establecía:

La intimidad personal y familiar de los militares, así como su domicilio y correspondencia, son inviolables. No se pueden intervenir ni interferir sus papeles, comunicaciones o documentos particulares. Cualquier tipo de registro, investigación o intervención deberá ser ordenado por la autoridad judicial o militar con atribuciones para ello.

En este caso, al hablar de autoridad militar se hacía referencia a los Capitanes Generales y Almirantes con Jefatura de Región Militar, Naval o Aérea, puesto que las Reales Ordenanzas eran anteriores a la LOCO y se aplicaba el Código de Justicia Militar de 1945, una cuestión no aplicable en la actualidad, y en el «Proyecto» se ha reducido el concepto de autoridad militar al de jefe de la unidad.

En todo caso, observamos como el propio texto del «Proyecto» opta por matizar las posibilidades reales/físicas que el militar tiene de disfrutar del derecho a la intimidad, dadas las circunstancias en las que puede verse

avocado a realizar su función, matización que podría interpretarse como excesivamente precavida, y fundamentalmente orientada a coartar cualquier intento de interpretación expansiva y abusiva del derecho.

Al margen de esto, el principal asunto que debemos dirimir al respecto de este derecho es la calificación de determinados alojamientos de los militares, con el objetivo de establecer si son considerados o no domicilios. Pues bien, es necesario para ello hacer en primer lugar referencia a la Orden Ministerial 346/1998, de 23 de diciembre por la que se establece la clasificación, órganos responsables de gestión y precios que deberán regir en las residencias militares del Ejército de Tierra, Armada y Ejército de Aire, la cual contempla tanto los Alojamientos Logísticos, como las Residencias Logísticas y las de Acción Social, y en segundo lugar la Sentencia del Tribunal Constitucional 189/2004, de 2 de diciembre que establece que las residencias militares son domicilios *en la medida en que sean lugares idóneos, por sus propias características, para que en las mismas se desarrolle la vida privada y efectivamente estén destinadas a tal desarrollo*.

Las controversias doctrinales surgidas al respecto de la calificación que deben tener diversas modalidades de habitabilidad que puede llegar a ocupar un militar, nos llevan a afirmar que la inclusión de la aclaración del artículo 5 de la Ley 11/2007 y del artículo 9 del «Proyecto» de que el pabellón asignado al Guardia Civil y al militar en la Unidad es su domicilio habitual cobra una gran importancia, y, en nuestra opinión, debería haberse ampliado a otros conceptos que pueden ser problemáticos. Así, por ejemplo, si bien algunos autores consideran que los módulos de alojamiento de los Alojamientos Logísticos cuando son de uso compartido entre extraños no pueden tener la consideración de domicilio, nosotros sostenemos la tesis contraria, que extendemos también a los llamados CO-RIMECS de las misiones internacionales. En nuestra opinión, las limitaciones al desarrollo de una vida privada/íntima plena en un alojamiento compartido, debido a la necesidad, *a priori*, de observar unos usos y convenciones sociales, no son de suficiente entidad ni lo suficientemente generales como para afirmar que se trata de lugares desvinculados de la concepción personal de reducto o espacio propio, a salvo de la intromisión de sujetos más extraños aún como, en su caso, puede ser el mando o la policía militar.

Una vez determinado el carácter de domicilio del alojamiento de un militar, independientemente de sus características físicas, que es la tesis que nosotros sostenemos, cabe plantear el problema de la entrada en dicho domicilio. En este sentido, es necesario diferenciar entre revistas o inspecciones, y las llamadas diligencias de entrada o registro.

Así, compartimos la opinión de que en los casos en que el acceso y permanencia en los alojamientos es de carácter voluntario, los militares han consentido tácita y voluntariamente a la inspección, que responde a razones de orden, disciplina y conservación. Más conflictiva resulta la cuestión cuando la permanencia en dichos lugares es de carácter obligatorio, como es el caso de los alumnos de los centros docentes militares, sometidos a régimen de internado, o de los militares en misión internacional, pues cabe preguntarse hasta qué punto normas de rango no constitucional como las Reales Ordenanzas y/o las relativas al Régimen Interior³¹ pueden limitar el derecho a la inviolabilidad del domicilio, basándonos únicamente en el hecho de que la entrada en las FAS³² implica la renuncia expresa al derecho en esos casos, en nombre de valores superiores (orden y disciplina), polémica que en realidad subyace a toda la cuestión de los derechos fundamentales del militar.

Por otro lado, no cabe, por mandato constitucional, que una entrada y registro en domicilio, destinados a la averiguación de un delito sea llevada a cabo más que con autorización judicial o consentimiento del titular del derecho, salvo caso de flagrante delito. Por ello, sorprende el párrafo 2 del artículo 5 de la Ley de derechos y deberes de la Guardia Civil que, recordamos, señala:

El jefe de la unidad, centro u órgano donde el Guardia Civil preste sus servicios podrá autorizar, de forma expresamente motivada, el registro personal o de los efectos y pertenencias que estuvieren en los mismos, cuando lo exija la investigación de un hecho delictivo. El registro se realizará con la asistencia del interesado y en presencia de, al menos, un testigo.

Consideramos que las capacidades concedidas al jefe de la unidad, centro u órgano parecen *forzar* la obligación del interesado de prestar su consentimiento, en cumplimiento de la orden del superior, a fin de evitar la

³¹ A las que se remite el artículo 69 de la Ley 39/2007 de la carrera militar, y cuyo fundamento será: [...] *facilitar el desarrollo de los planes de estudios de tal forma que éstos se ajusten a los criterios señalados en el capítulo anterior, teniendo en cuenta que se deben compatibilizar las exigencias de la formación militar y la progresiva adaptación del alumno al medio militar, con las requeridas para la obtención de titulaciones del sistema educativo general.*

³² Nos referimos en el ámbito concreto de los alumnos al artículo 67 de la Ley 39/2007: *Al hacer su presentación, los que ingresen en los centros docentes militares de formación firmarán un documento de incorporación a las Fuerzas Armadas según el modelo aprobado por el Ministro de Defensa, salvo aquellos que ya pertenezcan a éstas, y serán nombrados alumnos. A partir de dicho momento tendrán condición militar, sin quedar vinculados por una relación de servicios profesionales, quedando sujetos al régimen de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias militares.*

necesidad de autorización judicial. Debemos señalar que esa orden no sería tal, al ser ajena al servicio y manifiestamente contraria a la Constitución. Lo mismo puede decirse al respecto de lo regulado en el «Proyecto», donde no sólo se autoriza al registro por orden del jefe de unidad en casos de investigación de un hecho delictivo, sino cuando existan meros indicios de la comisión de éste o de faltas disciplinarias, por razones de salud o de seguridad. Se establece para los miembros de las Fuerzas Armadas que, en caso de que el interesado no comparezca, el registro deber hacerse en presencia de dos testigos. En nuestra opinión, la mera presencia de dos testigos no responde a ninguna garantía constitucional, no sustituye el consentimiento del interesado y mucho menos la autorización judicial.

En todo caso debe tenerse en cuenta que en el registro de taquillas, armarios, maletas, cajones, etc., cabe diferenciar entre aquellas situadas en zonas comunes, y que no son consideradas ni legal ni jurisprudencialmente como domicilio, equiparándose al régimen establecido en el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores (1/95, de 24 de marzo), de las que se encuentran en los alojamientos/residencias antes reseñados, cuyo registro precisará de autorización judicial³³.

Por ello, entendemos que tanto el artículo 5.2. de la LO 11/2007 como el artículo 9 del «Proyecto» se refieren al registro de pertenencias y efectos (y ya expresamente a taquillas en el caso del «Proyecto») que se encuentran fuera de los pabellones considerados como domicilio, ya que cualquier otra cuestión supondría una vulneración constitucional del derecho a la intimidad.

Antes de finalizar con el análisis de este apartado, consideramos relevante hacer referencia a dos cuestiones:

1º) Inspecciones y registros corporales/intervenciones corporales.

³³ También debe tenerse en cuenta la diferencia entre el registro de una taquilla y su apertura en determinadas circunstancias motivadas, como indica el Tribunal Superior de Justicia de Granada, en Sentencia fecha 12 de noviembre de 2002: *la supuesta intromisión en la intimidad del recurrente, producida por la apertura que no registro- no consentida de la taquilla en la que conservaba algunos enseres, estaba plenamente justificada, ya que, además de no tener el recurrente derecho alguno a utilizarla una vez que se traslade a otro Centro, momento en el que debió desalojarla y poner las llaves a disposición de la Dirección, la apertura atiende a la exclusiva finalidad de proceder al necesario control de las taquillas cerradas e inutilizadas cuyos ocupantes se desconozcan por la Dirección del Centro, y ello a efectos de adjudicarlas a los médicos que s prestaban servicios en las dependencias y que tenían pleno derecho a usarlas, tratándose de una medida proporcionada al no disponerse de la llave ni saber si estaba o no ocupada ni por quien, acordada por quien estaba legalmente autorizado para ello, basada en un interés tan digno de protección como el que alega el recurrente, y sin merma para la dignidad de éste ni deterioro ni pérdida de sus enseres, pudiendo el actor, si lo consideraba oportuno, haber instado las acciones penales o civiles correspondientes.*

2º) Protección de datos³⁴.

1º) Definimos las inspecciones y registros corporales como *aquellas en las que en principio no resulta afectado el derecho a la integridad física, al no producirse, por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo, pero sí puede verse afectado el derecho a la intimidad corporal si recaen sobre partes íntimas del cuerpo o inciden en la privacidad*³⁵. Por su parte, las intervenciones corporales, afectan, por regla general, a la integridad física (artículo 15 CE). En este segundo grupo se encuadran cuestiones como los análisis de orina y sangre que, sin embargo, *no son objetivamente consideradas susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud o de ocasionar sufrimiento a la persona afectada*, razón por la que abordamos la cuestión en este apartado y no en el dedicado al artículo 15 de la CE, ya que lo que sí puede quedar comprometida es la intimidad personal en función de la finalidad perseguida.

En el primer grupo podemos encuadrar cuestiones como los cacheos que, según jurisprudencia constitucional, no afectan al derecho a la intimidad, pero que sólo pueden ser realizados por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sin que exista habilitación para miembros de la Guardia de Seguridad o de la Policía Militar³⁶.

En el segundo, vamos a centrarnos brevemente en los análisis de sangre y orina para la detección del consumo de drogas en las FAS. Partiendo del excelente estudio de FRANCO GARCÍA, cabe señalar que la realización de los análisis de orina en el marco de una finalidad de control de la aptitud psico-física encuentra su habilitación en el artículo 83.2 de la Ley 39/2007 de la Carrera Militar. Ahora bien, en dicha ley no se recogen las consecuencias de un resultado positivo, que serán, no disciplinarias (pues es necesaria la habitualidad, según la LO 8/98), sino correctora-asistenciales. A su vez, dicha disposición legal es acorde con la doctrina emanada del TC y que establece la posibilidad de que los poderes públicos supediten la realización de actividades peligrosas al cumplimiento de controles y requisitos preventivos³⁷. Todo ello queda encuadrado además en el marco del Real Decreto de prevención de riesgos laborales del personal militar de las FAS (Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre). Por tanto, y en este

³⁴ En relación directa con el apartado 4 del artículo 18 de la CE.

³⁵ Sentencia TC 207/1996, de 16 de diciembre.

³⁶ FRANCO GARCÍA, M.A., (2008), «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*, Centro de Investigación y Doctrina Legal, Ministerio de Defensa, Madrid, pp. 90-91.

³⁷ Vid. STC 161/1997, de 2 de octubre.

contexto, son legales las limitaciones establecidas al derecho a la intimidad que se derivan de la obligatoriedad del control y de las consecuencias del mismo. Las limitaciones son mayores en caso de que el medio que desee utilizarse sea el análisis de sangre, ya que dada su incidencia corporal, y según reiterada jurisprudencia constitucional, se hará necesario, a falta del consentimiento del afectado, resolución judicial, sin que quepa admitir como legítima la orden del mando militar.

Al mismo tiempo, queda fuera de la constitucionalidad el llevar a cabo controles aleatorios (independientemente del medio utilizado) con el objetivo, como señala el Plan General de Prevención de Drogas de las Fuerzas Armadas, de contribuir a la investigación de infracciones, puesto que es necesario tener previamente indicios fundados de criminalidad para poder autorizar la práctica de dichas intervenciones, es decir, no puede haber una desvinculación de la comisión efectiva de un ilícito³⁸. Otra cuestión es que dichos controles se lleven a cabo con el objetivo de evitar peligros para la seguridad, dentro de la prevención de riesgos laborales, por ejemplo, como hemos señalado en el párrafo precedente, sin que los eventuales resultados positivos de estos controles pudiesen ser utilizados como una prueba en un proceso sancionador.

Resulta también de interés la cuestión de los análisis orientados a determinar si una mujer militar está embarazada y si, por tanto, es pertinente que sea enviada a una misión que puede comportar una diversidad de riesgos para ella y el feto. Es ésta una cuestión que puede resultar especialmente relevante cuando la posible necesidad de evacuación va a ser poco viable o incluso imposible, como es el caso de las mujeres embarcadas durante un periodo largo de tiempo. Se debe partir del hecho de si sería admisible estipular el embarazo como una causa de exclusión para el embarque o para las misiones internacionales de una forma genérica. Debemos tener en cuenta que el embarazo no supone una causa de exclusión en los procesos selectivos para la entrada en las Fuerzas Armadas, y que existe en el ámbito de los derechos de los trabajadores en general una regulación muy garantista de la intimidad a este respecto. En nuestra opinión, no cabe más que negar categóricamente la posibilidad de que los análisis fuesen llevados a cabo sin el consentimiento de la mujer; por tanto, deber ser decisión de ésta someterse a los mismos. En caso de consentir, y que el resultado fuese positivo, podrá articularse un sistema de aplazamiento de envío a la misión o del embarque, no como una obligación, sino

³⁸ Vid., entre otras, las Sentencias de la Sala 2ª del TS de 18 de abril de 1994 y de 13 de mayo de 1998.

como un derecho, tal y como se regula ya en la normativa de acceso³⁹, de destinos⁴⁰ y de enseñanza⁴¹.

2º) El ámbito de la protección de datos de carácter personal ha ido cobrando en nuestra sociedad una progresiva importancia a raíz del avance tecnológico que ha incrementado las posibilidades de usos inadecuados o fraudulentos. Por ello, es de destacar que tanto la LO 11/2007 como el «Proyecto» señalan específicamente que los datos de los miembros de la Guardia Civil y de las FAS estarán sujetos a la legislación sobre protección de datos de carácter personal. Ello implica referirse a la Ley Orgánica⁴² destinada a esta materia, 15/99 de 13 de diciembre, cuyo artículo 5 señala:

1. El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa.

2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado.

³⁹ Real Decreto 35/2010, de 15 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas

⁴⁰ Real Decreto 431/2002, de 1 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Destinos del Personal Militar Profesional. Artículo 21.1. *Durante el período de embarazo, a la mujer militar profesional se le podrá asignar, por prescripción facultativa, un puesto orgánico adecuado a las circunstancias de su estado de gestación, sin que suponga pérdida del destino. Dicho puesto ser preferentemente en su unidad, centro u organismo de destino y, de no existir ninguno compatible con su estado de gestación, se le asignar en otra unidad, centro u organismo, preferentemente en el mismo término municipal.*

⁴¹ Real Decreto 293/2009, de 6 de marzo, por el que se aprueban las medidas de protección de la maternidad en el ámbito de la enseñanza en las Fuerzas Armadas.

⁴² Sin perjuicio de recordar la existencia de una normativa internacional amplia en la materia: Convenio del Consejo de Europa para la Protección de las Personas en relación con el Tratamiento Automatizado de datos de carácter personal de 28 de enero de 1981, Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de 14 de diciembre de 1990; Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, Directiva 97/66/CE de 15 de diciembre de 1997, Directiva 2002/58/CE de 12 de julio de 2002, Directiva 2006/24/CE de 15 de marzo de 2006 y, de gran relevancia, el Reglamento CE 45/2001 de 18 de diciembre de 2000.

3. *El consentimiento a que se refiere el artículo podrá ser revocado cuando exista causa justificada para ello y no se le atribuyan efectos retroactivos.*

4. *En los casos en los que no sea necesario el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos de carácter personal, y siempre que una ley no disponga lo contrario, éste podrá oponerse a su tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal. En tal supuesto, el responsable del fichero excluirá del tratamiento los datos relativos al afectado.*

En este sentido, es conveniente citar la Sentencia de 31 de marzo de 2004 del Tribunal Supremo, en la que se confirma la Sentencia dictada por el Tribunal Militar Territorial Segundo, sobre el tratamiento de los datos personales de la esposa de un oficial por parte del acuartelamiento donde está destinado, estableciéndose que se precisa de su consentimiento y que la negativa a facilitarlos está amparada en la legislación de protección de datos, sin que fuese procedente, por tanto, la sanción disciplinaria impuesta por el Jefe de la Unidad al oficial. Pero, aparte de la incidencia en el ámbito disciplinario que pudiese tener esta cuestión, no debe olvidarse la necesidad por parte de los mandos del cumplimiento de la normativa.

Lo que nos da a entender ésta y otras resoluciones similares es que, con carácter general, no cabe sustraerse a la regulación legal de esta materia por incidir claramente en un derecho fundamental. Sin embargo, ello no es óbice para señalar que la propia Ley 15/99 contiene excepciones a su aplicación, recogidas en el artículo 2.2, donde se incluyen *los ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas*⁴³, así como *los ficheros sometidos a la normativa sobre protección de materias clasificadas*, asunto este último que abordaremos a la hora de enfrentar el derecho a la información, por tener una mayor relación y trascendencia en lo que a nosotros atañe con dicha cuestión.

También es de destacar el apartado 3 del artículo 2 de la Ley que remite a su legislación específica, entre otros, a los ficheros que *tengan por objeto el almacenamiento de los datos contenidos en los informes personales de calificación a que se refiere la legislación del régimen del personal de las Fuerzas Armadas*. Esta normativa específica es la contenida tanto en la Ley de la Carrera Militar, como en disposiciones de rango inferior como la OM

⁴³ Cabe señalar a este respecto el caso de los militares sancionados por la Agencia que recabaron datos de antiguos alumnos para la celebración de las bodas de plata de una promoción de la A.G.M., sanción que fue revocada por la Audiencia Nacional en Sentencia de 15 de junio de 2006, por entender que el asunto quedaba encuadrado en esta exclusión. Vid. Resolución de 28 de abril de 2004 (PS/00116/2003).

74/93, de 8 de julio. Esta cuestión afecta de una forma destacada al derecho de acceso a los propios datos y la abordaremos con detenimiento en el apartado correspondiente, pero sí es de interés en este momento hacer hincapié en las cuestiones relativas al consentimiento para la transmisión de datos en el ámbito de los ficheros reseñados. En este sentido, coincidimos con AROCAS cuando señala que «la manifestación de voluntad que se erige en piedra angular sobre la que descansa el sistema legal de protección de datos personales resulta, por el contrario, irrelevante en lo concerniente a materias clasificadas»⁴⁴. Por ello, es necesario tener en cuenta tanto el artículo 6.2 de la Ley 15/99: *No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias*, como el artículo 11, que dispensa de la necesidad de consentimiento *cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros*⁴⁵.

Por último, es relevante realizar una breve referencia al asunto de los expedientes de aptitud psicofísica y a los informes médicos en el ámbito de las FAS, partiendo de que la Ley 15/99 menciona, aún sin definirlos, los datos relativos a la salud, considerándolos especialmente protegidos. Este deber de confidencialidad se encuentra también en las propias normas del sector, como el artículo 10.3 de la Ley General de Sanidad (14/1986) y el artículo 7 de la ley 41/2002 de autonomía del paciente. Esto resulta convalidado por el artículo 83 de la Ley 39/2007 de la Carrera Militar, que señala: *los resultados de los reconocimientos médicos quedarán salvaguardados por el grado de confidencialidad que la legislación en materia sanitaria les atribuya*. A su vez, el artículo 79 limita al uso confidencial los datos que integran el historial militar individual (hoja de servicios, informes personales, expediente académico y expediente de aptitud psicofísica). Más específicamente es necesario mencionar el Reglamento para la determinación de la aptitud psicofísica del personal de las Fuerzas Armadas, Real Decreto 944/2001 de 3 de agosto, donde queda plasmado el carácter oficial y profesional de toda la documentación médica y la necesidad de reserva⁴⁶.

⁴⁴ AROCAS NOGALES, M^a. D., (200), *La protección de datos de carácter personal y el secreto oficial en las Fuerzas Armadas*, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Madrid, p. 43.

⁴⁵ Vid. a este respecto el ejemplo que desarrolla AROCAS, Op. Cit., pp. 49 y ss. sobre la transmisión de datos a la Real y Militar Orden de San Hermenegildo.

⁴⁶ *Los informes médicos y psicológicos y el resultado de las pruebas físicas se incluirán en el historial militar y serán tenidos en cuenta, asegurando en todo caso su confidencialidad, en las evaluaciones para el ascenso y, en su caso, para la declaración de idonei-*

La Agencia de Protección de Datos no ha sido ajena a la posible vulneración de estos derechos en el ámbito de las FAS, y podemos citar, entre otras resoluciones, la r/01799/2008 que declara que el Ministerio de Defensa ha infringido lo dispuesto en el artículo 10 de la LOPD, en relación con el artículo 7.3 de la citada norma, porque ha quedado acreditado que el Hospital (...), transmitió a catorce unidades de la Armada un mensaje en el que figuraban datos de carácter personal y datos de salud del denunciante, concretamente el diagnóstico médico por el que no era considerado apto, haciendo referencia al hecho de que el denunciante tiene un *Índice de Masa Corporal (IMC) superior a 29* y padece un *Trastorno combinado de la conducción cardiaca*.

Finalmente, no podemos cerrar el presente apartado sin dedicar unas líneas a otro de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la CE, el derecho al honor: en este sentido, los militares gozan de él en toda su extensión sin más limitaciones que las derivadas de la propia CE. Del mismo modo, los miembros de las FAS y de la Guardia Civil gozan de la protección que el CP ordinario dispensa a este derecho en sus artículos 205 a 216 con la tipificación de los delitos de calumnias e injurias. Cabe destacar que existe una protección excepcional dispensada no al individuo militar, pero sí a la institución de la que forma parte, en el artículo 504.⁴⁷ Por otro lado, no debe olvidarse que la redacción de las Reales Ordenanzas –tanto las de 1978 como las actuales de 2009– responde a un concepto base de honor propio y ajeno, de forma que se resalta en varias de sus disposiciones el respeto y la cortesía militar⁴⁸. Así mismo, encontramos en el régimen disciplinario la tipificación de faltas cuya razón de ser no es únicamente la disciplina, sino la protección del honor de superiores, inferiores y compañeros⁴⁹.

En conexión con ambos derechos (honor e intimidad) y con la condición de militar, queremos realizar un último apunte, mencionando las res-

dad previa a la firma de nuevos compromisos, así como para el acceso a una relación de servicios de carácter permanente y para ocupar los destinos a los que se refiere el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 129 de la Ley 17/99, de 18 de mayo.

⁴⁷ Debe tenerse en cuenta que el militar también puede ser sujeto activo de esta modalidad delictiva, si bien de forma específica, tal y como se regula en el artículo 90 del Código Penal Militar.

⁴⁸ Sirva de ejemplo el artículo 32: *Fomentará la relación con la población civil y será cortés y deferente en su trato con ella, en particular con la que más directamente pueda verse afectada por sus actividades, evitando toda molestia innecesaria.*

⁴⁹ Por ejemplo, las faltas leves de los artículos 7.16 y 7.17: *Corregir a un subordinado de forma desconsiderada y Ofender a un subordinado o compañero con acciones o palabras indecorosas o indignas*, o la falta grave del artículo 8.22: *vejación o menosprecio a los subordinados.*

tricciones establecidas en el acceso a los Archivos Militares, en el artículo 66 del Real Decreto 2798/1998, de 4 de diciembre, con base en el artículo 105 de la CE, que, tras garantizar el acceso a los archivos y registros administrativos, prevé la posibilidad de su restricción cuando afecte, entre otras cuestiones, a la intimidad.

2.2.D. Libertad de residencia y circulación

El artículo 19 de la CE reconoce a los ciudadanos el *derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional*. Así mismo, se reconoce el derecho a entrar y salir libremente de España, en los términos establecidos por la ley, prohibiéndose las limitaciones por razones políticas o ideológicas.

En el marco del reconocimiento de este derecho fundamental no debe olvidarse la normativa europea, que, inicialmente orientada a objetivos económicos –artículo 3 c) del Tratado de la CEE–, ha consagrado en la actualidad un derecho civil base de la construcción política de la UE, como pone de manifiesto la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Por esta norma se refunden todas las medidas dispersas en el complejo corpus legislativo que ha venido regulando hasta la fecha esta materia.

Por su parte, la ley 11/2007, establece en su artículo 21:

1. Siempre que se asegure el adecuado cumplimiento de las obligaciones profesionales, podrá autorizarse, en los términos y condiciones que reglamentariamente se establezcan, la fijación del domicilio en un municipio distinto del de destino.

2. El Guardia Civil tendrá la obligación de comunicar en su unidad el lugar de su domicilio habitual o temporal con objeto de facilitar su localización. En todo caso, se deberán facilitar los medios de localización que permitan a todo Guardia Civil atender puntualmente sus obligaciones profesionales.

Hasta la reciente entrada en vigor el pasado 13 de mayo de 2007 del Estatuto del Empleado Público, los funcionarios públicos, como regla general, tenían la obligación de residir en el término municipal donde se encontraba su puesto de trabajo, deber que se encontraba recogido en una norma preconstitucional, la Ley de Funcionarios del Estado de 1964. La importante modificación legislativa se hace sin perjuicio de que el régimen

disciplinario, contenido en la misma norma, contemple el abandono de destino, así como el notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas, como faltas sancionables (art. 95.2), entendiéndose, por tanto, que la libertad de residencia no podrá, en la práctica, redundar en perjuicio del servicio.

Respecto a los miembros de las Fuerzas Armadas, el artículo 175 de las Reales Ordenanzas de 1978 establecía lo siguiente: *El lugar habitual de residencia del militar será el de su destino [...]*. A su vez, el Código Penal Militar de 1985 recoge en su artículo 119 el abandono de destino o residencia:

*El militar profesional que injustificadamente se ausentare de su unidad, destino o **lugar de residencia** por más de tres días o no se presentare, 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, la ausencia por más de veinticuatro horas será castigada con la pena de prisión de tres a diez años.*

En primer lugar, el deber de residencia impuesto al militar en las RROO de 1978 ha sido derogado por la Ley 39/2007 de la Carrera Militar (a lo que hay que añadir que no se ha intentado establecer nuevamente en las Reales Ordenanzas de 2009, en las que no consta disposición al respecto). En este sentido, señala el Tribunal Militar Territorial Segundo en Sentencia de 8 de octubre de 2008, que dada dicha nueva situación resulta *como única norma reguladora del derecho constitucional a la elección de libre residencia el artículo 19 de la Constitución. Por ello –continúa diciendo el Tribunal– el artículo 119 del Código penal, cuya función era proteger el deber de residir en el lugar de la Unidad, que imponía el artículo 175 de las Reales Ordenanzas, resulta inaplicable respecto al delito de abandono de residencia.*

Por su parte, la Sala 5ª del Tribunal Supremo en Sentencia de 22 de diciembre de 2009, en la que se resuelve el recurso de casación del Ministerio Fiscal contra la anterior resolución, fundamenta que:

Indiscutible e indiscutido el derecho de libre residencia y circulación, la prohibición de ausentarse de aquella o de tenerla en otro lugar lo atacaría directamente porque afectaría a su contenido esencial. La tipificación de la acción de ausentarse de la residencia estaba construida sobre la existencia no del derecho a elegirla libremente, sino del deber de tenerla en el lugar impuesto: el de su destino. Si una ley no hubiera impuesto ese deber, la acción de irse del lugar elegido libremente para residir no habría constituido delito porque no sería ilícita, sino inequívoco ejercicio del derecho fundamental a elegir libremente el lugar donde estar transitoria o perma-

nementemente. Esta hubiera sido la valoración de la acción de ausentarse si no hubiese estado vigente el artículo 175 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas. Y derogado, ésta es la valoración actual. Y frente a esta conclusión no cabe invocar el artículo 119 porque –debe insistirse– inexistente toda ley que imponga el deber de residir en un determinado lugar, resulta obligado concluir, como hizo el Tribunal de instancia, que el militar tiene derecho a elegirlo libremente, bien, al incorporarse a la Unidad, bien después por decisión libre de cambiarlo. El irse de la residencia libremente elegida no es una acción punible, sino un lícito cambio del lugar en que el militar quiera estar o vivir.

Hacemos nuestra esta argumentación del TS, considerando, por tanto, que no existe en la actualidad limitación a la libertad de residencia del militar, que no necesita, como ocurre en el caso de la Guardia Civil, de autorización expresa para no residir en el municipio de destino. Todo ello no es óbice, sin embargo, para reiterar que otra cuestión diferente es que el militar no cumpla con sus deberes de servicio, debido –como posible razón práctica– a la ubicación de su domicilio, lo que no impediría la aplicación de la Ley disciplinaria (artículos 7.10 y 8.27) o del artículo 119 Código Penal en la modalidad de ausentarse injustificadamente de la unidad o destino.

Opinamos que en una futura ley de derechos del militar deberá recogerse el derecho a la libre determinación de la residencia, sin establecerse la necesidad de autorizaciones reglamentarias, menos cuando existen otras vías para garantizar las razones de esa posible limitación, es decir, la eficacia del servicio, como es las propias consecuencias penales/disciplinarias de su incumplimiento. El militar, al igual que el resto de los empleados públicos, es un ciudadano mayor de edad, al que se le reconoce la capacidad de decidir si el fijar su residencia en uno u otro lugar puede afectar a cumplimiento de sus deberes, y por tanto, ser consciente de las consecuencias negativas que podría llevar aparejadas. Ello nos lleva a estar conformes con el artículo 1 del «Proyecto» donde la única limitación establecida a la libertad de residencia es la exigencia del deber de disponibilidad permanente a que se refiere el artículo 21, que a su vez, señala:

Los militares estarán en disponibilidad permanente para el servicio. Las exigencias de esa disponibilidad se adaptarán a las características propias del destino y a las circunstancias de la situación.

Cuestión que, a su vez, es un reflejo de la primera regla de comportamiento del militar, recogida tanto en el artículo 4 de la Ley 39/2007, como del artículo 6 del propio «Proyecto», esto es, la disposición permanente para defender a España. Ello conlleva, tal y como también se informa por

el General Auditor Asesor Jurídico del CG del Ejército de Tierra, «que resulta necesario que el militar comunique, para conocimiento del mando, su lugar de residencia, especialmente cuando sea distinto al de su destino. La comunicación no requiere autorización alguna, porque exigirla supondrá limitar o restringir este derecho, límite que sólo puede venir fijado por ley [...] la residencia en término municipal distinto al de la unidad de destino deberá ser compatible con los plazos señalados por el jefe de la UCO de destino sobre incorporación y con la jornada laboral y horario de trabajo de la UCO»⁵⁰.

Mientras que la regulación del «Proyecto» parece adecuarse a las exigencias constitucionales, entendemos, sin embargo, que la redacción dada al artículo 21, párrafo 1º de la Ley de la Guardia Civil al restringir el ejercicio de un derecho fundamental a una autorización administrativa (enunciando además el derecho en el título destinado a los *deberes*), basada en criterios de eficacia en el servicio responde a una concepción obsoleta del empleado público⁵¹, máxime cuando la propia Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil no recoge el deber de residencia en el lugar de destino.

En cuanto a la libertad de circulación, el artículo 6º de la LO 11/2007 señala:

1. Sin perjuicio de las limitaciones que deriven del cumplimiento de su misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y de garantizar la seguridad ciudadana, y de lo dispuesto en el artículo 21 de esta Ley, los miembros de la Guardia Civil tienen derecho a desplazarse libremente por el territorio nacional.

2. Los Guardias Civiles deberán comunicar previamente a sus superiores los desplazamientos al extranjero, a los que se aplicarán las mismas limitaciones que a los desplazamientos por territorio nacional.

Es decir, se establece un bucle de limitaciones, de forma que si bien hay un reconocimiento genérico del derecho a circular en territorio nacional, dicha libertad ambulatoria se encuentra limitada por las circunstancias del pro-

⁵⁰ Informe del General Auditor Ricardo Fortún Esquifino, Asesor Jurídico del Cuartel General del Ejército de Tierra.

⁵¹ En su momento sostenida por el propio TS, que en Sentencia de 17 de febrero de 1992 que señalaba que *la exigencia que dimana de un servicio público resulta siempre prevalente a los intereses de los funcionarios públicos en cuanto estos hayan accedido al ejercicio de la función pública voluntariamente asumiendo las obligaciones derivadas de su Estatuto, entre ellas el deber de residencia, añadiendo que con dicho deber de los funcionarios públicos en general y la imposición de la consiguiente obligación no se infringe el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia derivada del artículo 19 de la Constitución.*

pio artículo 21, puesto que si no se autoriza la libre residencia, se restringe la movilidad. Al mismo tiempo, no queda claro cuáles son las limitaciones que pueden suponer para dicha libertad la misión encomendada a los miembros de la Guardia Civil, más allá que la reiterada obligación de eficacia en el servicio. Por tanto, también en este caso consideramos que no está justificado este límite expreso en el caso presente, y que no debe trasladarse a una futura ley de las Fuerzas Armadas⁵², y que los miembros de ambas instituciones son adultos conscientes de que si su misión (servicio) consiste, por ejemplo, en vigilar un determinado puesto, lleva aparejada una limitación práctica de la libertad de circulación que también sufren el resto de los empleados públicos, o incluso trabajadores de empresas privadas, en relación con el desempeño de sus tareas, sin que sea necesario que ello se recuerde, de forma paternalista, en un texto destinado al reconocimiento de derechos.

Las mismas consideraciones caben al respecto de los desplazamientos en el extranjero, sin perjuicio de que en este caso, al igual que en el de fijación de la residencia/domicilio, se establezca la necesidad de comunicarlo a los superiores, a efectos de localización relacionados con el servicio. Sin embargo, no creemos adecuado que dichas consideraciones se ubiquen en el presente texto legal, sino que debería mantenerse la regulación en disposiciones de rango inferior⁵³.

2.2.E. Libertad de expresión y de información

Al abordar la configuración de este derecho fundamental nos situamos ya en el marco de una de las cuestiones más polémicas al respecto del reconocimiento y límites de los derechos de los miembros de las Fuerzas Armadas. Por ello, lo primero que debemos reseñar es la necesidad de diferenciar entre las diversas materias que abarca el artículo 20 de la CE. Así, deben deslindarse el derecho a recibir y difundir libremente información veraz, y el derecho a la libertad de expresión, al margen de que existan, como efectivamente ocurre, importantes puntos de conexión entre ambos aspectos.

⁵² En el «Proyecto» sólo se establece obligación de comunicación previa para casos concretos de desplazamiento al extranjero (fuera de la Unión Europea), en función de la situación internacional y las operaciones militares, lo cual es una limitación motivada y proporcionada.

⁵³ Vid. Real Decreto 26/2009, Artículo 22: *Estará en disponibilidad permanente para el servicio, que se materializará de forma adecuada al destino que se ocupe 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.*

La CE parte, como en el resto de su articulado, del reconocimiento de ambos derechos para, posteriormente, indicar la posibilidad de limitaciones en base a otros derechos fundamentales –de forma destacada los contenidos en el artículo 18–, o a la protección de la juventud y de la infancia. Siguiendo esta fórmula, tanto las antiguas Reales Ordenanzas de 1978 como la actual LO 11/2007 parten de un aparentemente amplio reconocimiento, para sujetar posteriormente el ejercicio efectivo. Y en el mismo sentido se expresa el Proyecto de la ley de derechos y deberes del militar, donde se señala que:

El militar tiene derecho a la libertad de expresión y a comunicar y recibir 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, el secreto profesional y el respeto a la dignidad de las personas y de las instituciones y poderes públicos.

El «Proyecto» continúa en los siguientes apartados del artículo 11 estableciendo de una forma algo más extensa otras limitaciones, principalmente vinculadas con el deber de neutralidad política y sindical y la disciplina. Veremos más detenidamente estas cuestiones a lo largo del presente apartado.

1.º) Derecho a recibir y difundir libremente información veraz: Si bien la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, así como la del TEDH es tendente a una interpretación lo menos limitativa posible de este derecho, en especial cuando entra en colisión con otras libertades esenciales como la intimidad o el honor⁵⁴, lo cierto es que nunca deja de ser reseñada la necesidad de que se cumpla el requisito de veracidad: no se reconoce en la Constitución el derecho a mentir o manipular, sino a ser informado de la verdad, según se tenga conocimiento de la misma en la medida de los medios legítimos disponibles para obtenerla⁵⁵, y a transmitirla en la misma medida. Las restricciones a las que los miembros de la Guardia Civil y de las FAS pueden verse sometidos en este extremo aparecen más relacionadas con la función que desarrollan, y que es en ocasiones extensible a otros funcionarios⁵⁶ que con su condición de militar. De esta forma, tanto las Le-

⁵⁴ Vid., entre otras, STC 159/1986 de 12 de diciembre, 160/2003 de 15 de diciembre, y 54/2004 de 15 de abril.

⁵⁵ La veracidad se entiende así como una actuación del medio que informa cuando de manera diligente ha contrastado la información, lo que lleva a introducir en la materia la doctrina del error y su invencibilidad.

⁵⁶ Artículo 53.12. del Estatuto Básico del Empleado Público: *Guardarán secreto de las materias clasificadas u otras cuya difusión esté prohibida legalmente, y mantendrán la debida discreción sobre aquellos asuntos que conozcan por razón de su cargo, sin que puedan hacer uso de la información obtenida para beneficio propio o de terceros, o en perjuicio del interés público.*

yes Disciplinarias de ambas instituciones⁵⁷ como el Código Penal Común⁵⁸ y el Código Penal Militar⁵⁹ recogen diversas faltas y delitos relacionados con la divulgación de información clasificada –desde un punto de vista genérico⁶⁰–. Como hemos señalado, el deber de reserva profesional no es en modo alguno exclusivo del colectivo militar, y no resultan, a nuestro entender, ni excesivas ni inadecuadas las precauciones establecidas en las leyes penales y disciplinarias, así como en la LO 11/2007, cuyo artículo 19 establece el deber de reserva del Guardia Civil en asuntos profesionales, y que encuentra su reflejo en el «Proyecto» bajo la siguiente redacción: *El militar está sujeto a la legislación general sobre secretos oficiales y materias clasificadas. Guardará la debida discreción sobre hechos o datos no clasificados 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.*

Especial mención requieren, en este marco, las ampliaciones realizadas en la LO 12/2007 al respecto del manejo de informaciones gráficas y sonoras obtenidas a través de los dispositivos de video-vigilancia⁶¹. Estrictamente hablando, dichas imágenes pueden considerarse no ya sólo «datos», con la consabida obligación de cumplir, como cualquier otro ciudadano/funcionario con las disposiciones legales sobre su manejo contenidas en la Ley 15/99, sino también informaciones, que, sin embargo, no puede ser consideradas susceptibles de transmisión al configurarse claramente como una extralimitación del derecho que, a su vez, implica la violación del derecho a la intimidad y, en su caso, al honor de los ciudadanos implicados. Por tanto, las limitaciones reseñadas en el Proyecto de la ley de las FAS y en la LO de la Guardia Civil en base a la *salvaguarda de la seguridad* y

⁵⁷ Artículos 7.3, 8.10 y 8.11 de la LO 8/98, y Artículos 7.16, 7.17, 8.8, 9.5 de la LO 12/2007.

⁵⁸ Artículos 197-201 (Del Descubrimiento y revelación de secretos), Artículos 270-272 (relativos a la propiedad intelectual), Artículos 278-280 (Delitos relativos al mercado y a los consumidores), (de la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos), (del descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la defensa nacional), Artículo 589 (contra la paz e independencia del Estado).

⁵⁹ Artículos 53 a 56: Revelación de secretos o informaciones relativas a la seguridad nacional y defensa nacional.

⁶⁰ Tampoco deben olvidarse las Reales Ordenanzas, que hacen referencia a este deber profesional en varios puntos de su articulado (Artículo 33: *Guardará discreción sobre los asuntos relativos al servicio. 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*).

⁶¹ Faltas contenidas en los Artículos 7.20, 7.21, 7.22, 8.16, 8.17, 8.18, 8.19 y 8.20.

defensa nacional, el deber de reserva y el secreto profesional son acordes con la configuración constitucional y legal del derecho.

Pero en el ámbito del derecho a la información, la cuestión más polémica se centra en las clasificaciones de determinadas materias como reservadas o secretas, cuando dicha clasificación afecta a informaciones personales de los militares. Nos referimos concretamente al caso del acceso al IPEC⁶², informe personal de calificación, regulado en el artículo 81 de la Ley de la Carrera Militar⁶³. Según Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986, apartado 6, se clasifican como reservadas «las concepciones, informes individuales y sanciones del personal militar»⁶⁴.

A pesar de que existen argumentaciones a favor del mantenimiento de este sistema⁶⁵ y que la propia Agencia de Protección de Datos ha desestimado en varias ocasiones las peticiones de acceso, apoyándose, precisamente en la regulación legal existente⁶⁶, concordamos con la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que señala que *no se puede admitir en términos genéricos la existencia de información reservada respecto a funcionarios que pueda convertirse en un poder frente a ellos al margen de todo control*, puesto que ello iría en contra del artículo 105 de la CE⁶⁷.

Por último debemos destacar que se establece como un derecho profesional de los miembros de la Guardia Civil, derivado del derecho fundamental a la información, el deber de ser informado de sus funciones, deberes y responsabilidades (artículo 34 de la LO 11/2007), cuestión que también ha sido contemplada en el «Proyecto» de ley de las FAS.

2.º) Libertad de expresión: el contenido esencial de este derecho es la manifestación de pensamientos, opiniones e ideas. Al igual que acontece con el derecho a la información, la libertad de expresión encuentra sus lí-

⁶² Denominado *IPEGUCI* (Informe Personal De Calificación para el Cuerpo de la Guardia Civil) en el ámbito de la Guardia Civil, regulado por OM de 28 de mayo de 1997 y sometido a las mismas limitaciones de acceso que analizamos para el caso de los IPECs.

⁶³ El marco jurídico lo encontramos en la Disposición Transitoria Primera del RD 168/2009 por el que se aprueba el Reglamento de Evaluaciones y Ascensos de las Fuerzas Armadas, que establece que mientras no se desarrollen las correspondientes órdenes ministeriales de desarrollo de la Ley de la Carrera Militar, se aplicarán la OM 74/1993 de 8 de julio, la OM 85/2002 de 8 de mayo y la OM 17/2009 de 24 de abril.

⁶⁴ En seguimiento de las disposiciones al respecto de la clasificación de materias contenidas en los artículos 1, 3, 4 y 8 de la Ley de Secretos Oficiales 9/1968, de 5 de abril.

⁶⁵ Vid. Sentencia del TSJ de Andalucía de 2 de abril de 2009.

⁶⁶ Vid. Res/00103/2008 y Res/00548/2006.

⁶⁷ Vid. sobre este tema DE PEDRO MORO, J.L., (2009), «Sobre el derecho de acceso a los IPECs archivados con la Hoja de Servicios», *Cuaderno Práctico 1*, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Ministerio de Defensa, pp. 18-27.

mites en *el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que los desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor a la intimidad y la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia* (artículo 20.4 CE). Y del mismo modo, también existe una jurisprudencia tanto constitucional como europea tendente a la consideración muy prudencial de dichos límites, debido a que se configura como 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»⁶⁸. En el marco de la libertad de expresión no opera el concepto de veracidad en los mismos términos que en el derecho a la información, salvo en el caso directamente relacionado con los delitos de calumnias e injurias –*exceptio veritatis*– recogidos en los artículos 205 y 208 del CP y que configurados como una vulneración del derecho al honor. Sin embargo, debemos tener en cuenta que en sede jurisprudencial la libertad de expresión se establece como un derecho amplio, que incluye la crítica, incluso mordaz o soez⁶⁹, y que, para que su extralimitación sea considerada como antijurídica desde un punto de vista penal, es necesario un amplio rebase.

Si pasamos a analizar concretamente la situación de los miembros de la Guardia Civil y de las FAS encontramos una clara tendencia a la limitación de este derecho, ya que, como señala AZURMENDI: «es una restricción que afecta a la vida de todo militar, a todas las materias y a todos los medios de expresión. El funcionario civil tiene una cierta restricción de este derecho de libertad, pero puede expresar ideas políticas, sindicales, personales, puede criticar a los poderes públicos, puede escribir artículos, hablar por la radio...; el militar, por el contrario, tiene la presunción de silencio, de modo que su obligación de silencio le obliga en todo momento»⁷⁰.

Ese es efectivamente el criterio seguido por la jurisprudencia tanto constitucional como europea, en base a las limitaciones autorizadas por el Artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales:

El artículo 10 no se para en la puerta de los cuarteles. Vale para el personal militar como para todas las demás personas sometidas a la jurisdicción de los Estados Parte. No obstante, como ha dicho el Tribunal en otras ocasiones, debe estar abierta para el Estado la posibilidad de imponer restricciones a la libertad de expresión cuando existe una verdadera

⁶⁸ Sentencia *Vogt* contra Alemania, 16 de septiembre de 1995.

⁶⁹ Sentencias del TC 6/2000 y 127/2004, entre otras.

⁷⁰ GORROTXATEGUI ARZUMENDI, M., (1995), «Libertad de expresión vs. Disciplina militar. Comentario a la STC 371/1993 de 16 de diciembre», *RVAP*, n° 43, pp. 183-197.

*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 la disciplina*⁷¹.

Como señalábamos, el TC se ha manifestado en el mismo sentido, estableciendo la necesidad de existencia de límites a la libertad de expresión de los miembros de las FAS por razones de jerarquía, disciplina y unidad.

En el ámbito de la Guardia Civil, si bien la LO 11/2007 reconoce expresamente la libertad de expresión, se apresura a realizar su restricción en base al propio régimen disciplinario y la dignidad de las personas, aunque debe tenerse en cuenta que cuando nos circunscribimos a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado el TC ha manifestado una mayor amplitud de miras, señalándose que *no se excluye toda libertad de crítica hacia los superiores jerárquicos en defensa de sus derechos o intereses profesionales, pues en tal caso se desconocería el contenido esencial del derecho contenido en el artículo 20.1 a) CE*⁷².

A este respecto, el «Proyecto» coloca los límites en la neutralidad política y sindical, la disciplina y el respeto a la dignidad de las personas y de las instituciones y poderes públicos. Son las limitaciones establecidas actualmente a través de la configuración del régimen disciplinario, como es el caso de los artículos 7.8, 7.14, 8.20, 8.34, entre otros, de la LO 8/98. Además, el último apartado del artículo 11 del Proyecto, donde se especifica que *en el ejercicio de la libertad de expresión, el militar no podrá arrogarse la representación de las Fuerzas Armadas o de sus cuerpos, escalas o categorías, ni de la unidad del destino que ocupe*⁷³.

De la enumeración de límites citada, el punto más polémico es el relativo a la neutralidad política y sindical, a la que hemos hecho referencia genérica en el Capítulo I y que abordaremos con más detenimiento a la hora de tratar la configuración de otros derechos como los de reunión, manifestación o sindicación, momento en que retomaremos este asunto. Baste señalar ahora que es su vulneración la que subyace a la mayoría de las disposiciones sancionadoras restrictivas de la libertad de expresión que

⁷¹ Sentencia *Grigoriades* contra Grecia, de 25 de noviembre de 1997.

⁷² STC 270/1994, de 17 de octubre.

⁷³ Artículo 11.2: *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, refrendos, consultar políticas o programas u opciones políticas. 3. En asuntos relacionados con el servicio o la condición militar los miembros de las Fuerzas Armadas, en el ejercicio de la libertad de expresión se encontrarán sujetos a los límites derivados de la disciplina, que conlleva el respeto a las decisiones y disposiciones de los tribunales de justicia y de las autoridades y mandos militares.*

se encuentran en el régimen disciplinario. A este respecto, en nuestra opinión, resulta necesario discriminar entre las manifestaciones directamente relacionadas con la necesidad de que «los que tienen el monopolio público en el uso de las armas y las especiales y trascendentes misiones que el ordenamiento les otorga renuncien a la lucha política»⁷⁴, y aquellas que se enmarcan en la crítica de las circunstancias profesionales del colectivo, pues en este último caso «hay que identificar el marco o ámbito en el que se producen los estudios críticos, el contenido de los mismos, tanto en el fondo como en la forma, y la determinación de si las expresiones pueden considerarse como murmuraciones o hablar mal de los superiores, etc.»⁷⁵. Cabe reseñar, para mayor claridad en este punto, el caso citado por CORRALES: un Cuartel General creó un foro en Internet para analizar las solicitudes o comentarios de los profesionales que las manifestaran, sin censura previa por parte del mando y sin normativa específica acerca de los contenidos. La Sentencia de la Sala 5ª del TS de 20 de diciembre de 2005 considera que existía una opinión generalizada de que dicho foro existía precisamente para expresar opiniones y críticas libres. Por ello, se estima el recurso contra las sanciones impuestas por realizar diversas manifestaciones sobre los puestos de trabajo, los salarios y promociones, al amparo de la falta 7.34 de la LO 8/98, norma en blanco puesta en relación con el artículo 37 de las antiguas RROO⁷⁶.

Al hilo de este suceso, consideramos con CORRALES que puede hablarse de una apertura jurisprudencial a la hora de establecer los límites a la libertad de expresión cuando nos encontramos ante reivindicaciones laborales, personales o profesionales, siempre que los términos sean adecuados; y que dicha apertura debe recogerse en la ley de derechos y deberes del militar. Al mismo tiempo, debemos tener en consideración que al hablar de términos adecuados no nos referimos a que dichas quejas o reclamaciones se enmarquen en los cauces ya establecidos (como señala el artículo 33 de la LO 11/2007), pues eso no supondría ninguna modificación del régimen actual, sino a que se produzca un más amplia capacidad de expresión de dichas inquietudes, quejas e iniciativas como en nuestra

⁷⁴ CORRALES ELIZONDO, A., (2006) «Perspectivas de la libertad de expresión en las Fuerzas Armadas», en GARCÍA LOZANO, Dir., *Jurisdicción militar: Aspectos penales y disciplinarios*, *Estudios de Derecho Judicial*, nº 112, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, p.92

⁷⁵ *Ibíd.*, p.96.

⁷⁶ Por ningún motivo dará mal ejemplo con sus murmuraciones; no las tolerará ni hablará mal de sus superiores, ni de sus subordinados; si tuviera alguna queja, la comunicará de buen modo y por conducto regular a quien la pueda remediar.

opinión acertadamente las denomina el Proyecto de ley de las FAS, que muestra en este punto una clara intención de apertura⁷⁷.

Ahora bien, y volviendo al hilo de la neutralidad exigida, resulta en este punto reseñable la redacción elegida para el «Proyecto»: *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, refrendos, consultas políticas o programas u opciones políticas.*

La curiosidad procede de la extensa especificación de los asuntos sobre los que no se puede opinar, más amplia que en normativas anteriores, y especialmente en la inclusión de *candidatos a elecciones para cargos públicos, refrendos, consultas políticas o programas u opciones políticas*. Podría aventurarse que ello derivase de lo acontecido con el Teniente General Mena, sancionado por falta leve por el Ministro de Defensa, debido a las declaraciones que realizó con ocasión de los actos que presidió durante la Pascua Militar (2006) como Jefe de la Fuerza Terrestre del Ejército de Tierra, declaraciones que en su mayor parte versaron sobre el Estatuto de Cataluña⁷⁸. Pues bien, según algunos autores como ROJAS CARO: «La ley con la que se ha sancionado al General Mena es la LO 8/98, cuyo artículo 1º proclama que «el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas tiene por objeto garantizar la observancia de la Constitución». ¿No resulta paradójico y desconcertante castigar con esta ley a quien resueltamente trata de defender la Constitución? [...] La falta leve descrita en el artículo 7.31 de la citada Ley disciplinaria debe ser interpretada a la luz del artículo 182 de las Reales Ordenanzas, conforme al cual, «cualquier opción política o sindical de las que tienen cabida constitucional será respetada por los componentes de los Ejércitos». De la interpretación armonizada de ambos preceptos resulta que la neutralidad obligada a los militares está referida única y exclusivamente a las opciones que tienen cabida a la Constitución [...] Contrariamente, las opciones que no se encuentren en ese caso, no pueden obligar a la neutralidad [...] ¿Cómo se puede imponer neutralidad ante un planteamiento inconstitucional?»⁷⁹.

⁷⁷ *El militar podrá exponer, en el ámbito de las Fuerzas Armadas, quejas e iniciativas relativas al régimen de personal y a las condiciones de vida. Las iniciativas, inquietudes y quejas de los miembros de una unidad se podrán exponer, verbalmente o por escrito, ante el oficial, suboficial mayor y cabo mayor designados a tal efecto, quienes los trasladarán directamente al jefe de unidad.*

⁷⁸ La sanción fue confirmada por STS (Sala V) de 17 de julio de 2006.

⁷⁹ ROJAS CARO, J., «Mena, una sanción injusta», *El Mundo*, 18 de enero de 2006, citado por SÁNCHEZ TABANERA, M^a. A., Op. Cit., pp. 42-43.

Pues bien, parece obvio que, con «el Proyecto» en la mano, esta argumentación ya no tendría cabida, al quedar sustituido el artículo 182 de las RROO de 1978 por la redacción citada, en la que claramente se incorporan como una vulneración de la neutralidad política pronunciamientos públicos sobre refrendos, consultas, programas, etc.

El «Proyecto» también dice que: *al tratar asuntos referidos a decisiones y disposiciones de los poderes públicos, de los Tribunales de Justicia y de las autoridades y mandos militares que estén relacionados con el servicio o la condición militar, los miembros de las Fuerzas Armadas estarán sujetos a los límites derivados de la disciplina.*

Es importante reseñar que dicha obligación, en relación con los Tribunales, no resulta exclusiva del militar, ni siquiera del funcionario público, al tipificarse delitos como el de injurias, al que ya hemos hecho referencia, sin olvidar que, además, existen los delitos de injurias al rey o a las instituciones del Estado. La diferencia estriba en la magnitud de las limitaciones en este extremo, más extensas para el militar, al que se le veda también la crítica no injuriosa⁸⁰ o incluso la mera incorrección. Esta última cuestión debe ser puesta en relación con la función pública desempeñada, de forma que es observable una mayor variedad de sanciones en el régimen disciplinario de la Guardia Civil debido, precisamente, a su mayor contacto con la población civil⁸¹, mientras que en el caso de los militares basta con la tipificación de la falta leve 7.30.

En cuanto a la disciplina como limitación genérica a la libertad de expresión (concretizada aquí en el respeto a las decisiones de autoridades y mandos militares), la pregunta es hasta qué grado debe quedar configurada como tal cortapisa. Ya hemos señalado que la doctrina tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Europeo avalan la existencia de este límite, pero también es cierto que existe preocupación jurisprudencial por no dejar a los militares reducidos al silencio, lo cual supondría no un límite, sino una negación del derecho. Al mismo tiempo se observa un esfuerzo por encontrar una justificación de las restricciones que vaya más allá de las propias y consabidas razones estatutarias y del propio origen voluntario de dicha situación⁸². Dicha justificación no ha sido ofrecida por el Alto Tribunal hasta el momento, si bien sí podemos hablar de una interpretación restrictiva de los límites cuando nos encontramos en el ejercicio del derecho de defensa tanto en sede administrativa como judicial, de forma que

⁸⁰ Falta leve 7.29, falta grave 8.32 o causa de sanción extraordinaria 17.4 de la LO 8/98.

⁸¹ Falta muy grave 7.6, falta grave 8.6 y falta leve 9.1.

⁸² PEÑARRUBIA IZA, J M^a, (2000), *Presupuestos constitucionales de la función militar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p.180.

la jurisprudencia del Tribunal Supremo es tendente a minorar el reproche disciplinario al militar que en el marco de dicho derecho realiza manifestaciones que, en otro contexto, deberían ser consideradas y sancionadas como contrarias a la disciplina, sin que ello implique, en modo alguno, una carta blanca a la hora de ejercer el derecho de defensa⁸³.

Cerramos este apartado con una breve referencia a otros dos aspectos del derecho reconocidos en el artículo 20 de la CE: la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, y la libertad de cátedra. En primer lugar, debemos reseñar que no existe una referencia específica a esta cuestión en la LO 11/2007 ni en el Proyecto de ley de las FAS. ¿Deben entenderse estas manifestaciones de la libertad de expresión sometidas a las mismas restricciones que hemos señalado? *A priori* así debe considerarse, pues el militar, por mucho que se encuentre en el marco del ejercicio de la docencia o de la creación artística/literaria no deja de serlo. Sin embargo, la interpretación de los límites en sede disciplinaria y penal debe ser necesariamente amplia en este contexto, pues de lo contrario, no sería posible el desarrollo de nuevas ideas beneficiosas para la institución y el país. En todo caso, debe partirse del hecho de que, en principio, estos derechos son ejercitables sin necesidad de vulnerar el régimen disciplinario, como de hecho demuestra la labor docente y literaria desarrollada en el marco de los Ejércitos.

CAPÍTULO III. LOS DERECHOS POLÍTICOS

3.1. INTRODUCCIÓN

Hemos finalizado el capítulo anterior con el análisis del derecho a la libertad de expresión e información, que, si bien hemos incluido dentro de la sección destinada a los derechos civiles, contiene una indudable dimensión política, que nos ha llevado a hablar de cuestiones clave como la neutralidad exigida a los miembros de las Fuerzas Armadas, asunto que explorábamos también en el primer Capítulo. Al mismo tiempo, se nos abre la puerta para iniciar el análisis de aquellos derechos constitucionales vinculados más directamente con la participación democrática.

Además, destinamos los últimos epígrafes de este capítulo a la presentación sintética de los derechos sociales y profesionales incluidos en la LO

⁸³ Vid. Sentencias de la Sala de lo Militar del TS de 26 de septiembre de 2002, de 20 de diciembre de 2002 y de 23 de febrero de 2004, entre otras, así como del TC 288/1994 de 27 de octubre y 102/2001, de 27 de abril.

11/2007 y el «Proyecto», así como a una breve exposición de los Consejos de Personal y del Observatorio de vida militar.

3.2. LOS DERECHOS POLÍTICOS

3.2.A. Derecho de reunión y manifestación

La mayoría de la doctrina ha considerado siempre esta libertad como un derecho de participación política, y, como ha señalado el TC, como *una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercida a través de una asociación transitoria* (STC 196/2002, de 28 de octubre), esto es, *como un derecho autónomo entre los derechos de libre expresión y asociación* (STC 85/1988, de 28 de abril), lo que supone que sus limitaciones van a estar íntimamente vinculadas con el deber de neutralidad política del militar, sin que ello nos impida hablar de las posibilidades de su ejercicio más allá de sus vinculaciones con el concepto de «política».

Como señala PASCUA MATEO, el derecho reconocido en el artículo 21 de la CE distingue dos sistemas diferentes, en primer lugar, el correspondiente a las reuniones en locales cerrados y, en segundo, el referido a las reuniones convocadas para celebrarse en lugares de tránsito público⁸⁴, de ahí la rúbrica del artículo y del presente apartado. Para ambas dimensiones, lo primero que debemos tener en cuenta es que, al contrario de lo que sucede con otros derechos constitucionales de corte político, éste no aparece explícitamente limitado para los militares en la Constitución. Eso implica que las precauciones que deben adoptarse a la hora de perfilarlo o restringirlo deben ser mucho mayores que en otros casos.

La Ley Orgánica 9/1983 que regula esta materia sí hace referencia expresa a la cuestión militar, señalando en su artículo 2. e) que quedan excluidas del ámbito de aplicación de la ley las reuniones *que se celebren en unidades, buques y recintos militares a las que se refieren las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, que se regirán por su legislación específica*, y en el artículo 4.4, que también remite a la legislación específica, *la asistencia de militares de uniforme o haciendo uso de su condición de militar a reuniones o manifestaciones públicas*.

⁸⁴ PASCUA MATEO, F., (2004), «Los derechos de reunión y de manifestación del personal militar», en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 84, Ministerio de Defensa, Madrid, p. 22.

Dicha legislación específica que menciona la LO 9/83 son el Real Decreto Ley 10/1977, de 8 de febrero, que prohibía la *asistencia a reuniones públicas de carácter político o sindical organizadas o promovidas por partidos, grupos o asociaciones de igual carácter*, así como las Reales Ordenanzas de 1978, artículos 180 y 182:

Artículo 180: Los militares podrán reunirse libremente para fines lícitos, en lugares públicos o privados, observando lo que, con carácter general o específico establezcan las disposiciones vigentes. En las unidades, buques y dependencias será imprescindible la autorización expresa de su jefe. En ningún caso podrán tomar parte en manifestaciones de tipo político, sindical o reivindicativo.

Artículo 182: No podrá estar afiliado o colaborar en ningún tipo de organización política o sindical, asistir a sus reuniones ni expresar públicamente opiniones sobre ellas.

A pesar de que el RD 10/77 no está actualmente vigente, las restricciones al derecho de reunión y manifestación siguen existiendo, a través de los artículos arriba citados y toda vez que se mantiene una regulación disciplinaria y penal que marca las pautas de lo permitido: constatamos así la existencia de la falta grave específica del artículo 8.34 de la Ley 8/98: *asistir de uniforme o haciendo uso de la condición de militar a cualquier reunión pública o manifestación si tiene carácter político o sindical.*

La cuestión es si la nueva regulación contenida en el artículo 8 de la LO 11/2007 de la Guardia Civil y en el artículo 12 del Proyecto de ley de derechos y deberes de los militares permite hablar de unos límites menos estrictos que los contenidos en las RROO de 1978.

La LO 11/2007 establece:

1. Los Guardias Civiles no podrán organizar manifestaciones o reuniones de carácter político o sindical.

2. Las reuniones de Guardias Civiles en dependencias oficiales deberán ser comunicadas previamente al jefe de la unidad, centro u órgano correspondiente, quien podrá no autorizarlas por causa del funcionamiento del servicio.

3. En todo caso no podrán asistir a manifestaciones o reuniones vistiendo el uniforme reglamentario, ni portando armas y deberán respetar las exigencias de neutralidad propias de la condición de Guardia Civil.

Por su parte, el Proyecto señala que los militares podrán ejercer el derecho de reunión, pero *no organizar ni participar en reuniones o manifestaciones de carácter político o sindical; y que tampoco podrá organizar, participar, ni asistir vistiendo de uniforme o haciendo uso de su condición militar en lugares de tránsito público a manifestaciones o reuniones de*

carácter reivindicativo. El Proyecto establece también que *las reuniones que se celebren en unidades deben ser previa y expresamente autorizadas por el jefe de la misma que podrá denegarlas motivadamente, ponderando la salvaguarda de la disciplina y las necesidades del servicio*.

Nos encontramos, por tanto, con diversas cuestiones a analizar: en primer lugar, la celebración de reuniones, esto es *la concurrencia concertada y temporal de más de veinte personas con finalidad determinada* (Artículo 1 LO 9/83) en recintos militares, en segundo lugar las reuniones y manifestaciones sindicales, políticas o reivindicativas y finalmente las reuniones y manifestaciones de otro tipo.

En el primer caso, vemos que la LO de la Guardia Civil sustituye la necesidad de autorización del jefe de la UCO para realizar la reunión por la de comunicación previa, más acorde con el texto constitucional, y así, como señala GIL HONDUVILLA⁸⁵, se ha pasado de una prohibición, salvo autorización, a una autorización, salvo prohibición. Ello quiere decir que el derecho de reunión no implica a su vez el derecho a la utilización privativa de un bien público, y que, por tanto, dicha posible prohibición no debe ser tomada como una limitación administrativa al ejercicio de un derecho fundamental. Ahora bien, para que esto sea efectivamente así, el mando no debe partir de la idea de que, *a priori*, las reuniones están prohibidas y, que, en su caso, ya se valorará la autorización; bien al contrario, la efectividad del derecho exige que, partiendo de la existencia de un derecho constitucional, sólo podrá ser negada la autorización por motivos⁸⁶ sólidos y estrictamente vinculados al funcionamiento del servicio. De otro modo, se vulneraría el texto constitucional que no ofrece duda al señalar que «el ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa», cuestión que viene reforzada por el hecho de que el artículo 7.5 de la LO 12/2007 considera falta muy grave la *obstaculización del ejercicio de los derechos fundamentales o las libertades públicas*, donde debemos entender incluida la prohibición de una reunión de forma arbitraria.

A pesar de lo anteriormente expuesto, el «Proyecto» opta por retomar la regulación contenida en el artículo 180 de las RROO de 1978, exigiendo la autorización expresa del jefe de la unidad y facultando la negativa por razones no sólo del servicio sino disciplinarias. En nuestra opinión, es de lamentar que la oportunidad de adecuar esta cuestión a las exigencias del texto constitucional, claro en rechazar la necesidad de autorización previa,

⁸⁵ GIL HONDUVILLA, J., Op. Cit., p. 111.

⁸⁶ Artículo 54 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre que establece la obligación de motivar las resoluciones que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos y para las que se dicten en el ejercicio de facultades discrecionales.

no sea aprovechada por el legislador en el mismo sentido en que se llevó a cabo para el caso de la Guardia Civil, puesto que las exigencias que la disciplina puede imponer en el ámbito de las Fuerzas Armadas no parecen en la actualidad suficientes para fundamentar la limitación vía administrativa al ejercicio del derecho de reunión.

La segunda cuestión a tratar es la más polémica, por su vinculación más inmediata con la neutralidad política. Así, las RROO de 1978 prohibían tomar parte en manifestaciones de tipo político, sindical o reivindicativo, así como asistir a reuniones de organizaciones políticas o sindicales. No es ésta la regulación que se ha establecido en la LO 11/2007: lo que prohíbe esta ley es, por un lado, que sean los miembros de la Guardia Civil los que organicen la reunión política o sindical, y por otro, que se asista a cualquier tipo de reunión o manifestación vistiendo el uniforme reglamentario y/o portando armas. Eso nos lleva a determinar que los miembros de la Guardia Civil pueden organizar reuniones que no tengan dicho carácter, a las que se puede asistir, y donde quedarían enmarcadas las reuniones de las asociaciones a las que se refiere el artículo 47 de la ley (reuniones de las asociaciones profesionales de Guardias Civiles); y que, cuando nos encontramos ante reuniones políticas y sindicales no organizadas por la Guardia Civil, sus miembros pueden asistir siempre que no vayan de uniforme ni porten armas (debemos tener en cuenta, además, que esta segunda exigencia es extensible a todos los ciudadanos)⁸⁷. Si bien es cierto que el apartado 3 del artículo 8 añade que se deberán respetar las exigencias de neutralidad que conlleva la condición de Guardia Civil, es de destacar el avance que implica la eliminación de referencias a la asistencia a reuniones/manifestaciones reivindicativas.

Todo ello implica, y abordamos así el tercer punto, que los miembros de la Guardia Civil pueden asistir como paisanos y sin hacer ostentación de su condición militar, a cualquier tipo de reunión o manifestación, aunque ésta sea de carácter político, sindical o reivindicativo; pero, según la literalidad del precepto, no pueden asistir como tales Guardias (de uniforme o siendo patente su condición) a dichas reuniones/manifestaciones. La aclaración jurisprudencial de estas cuestiones se ha producido recientemente, con la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid, de 13 de abril de 2010, en relación con la manifestación en Madrid de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de octubre de 2008:

Si la finalidad del artículo 8.3 de la LO 11/2007 es preservar la neutralidad de la GC como institución, sólo tiene sentido prohibir la asistencia a

⁸⁷ Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas (Artículo 21.1 CE). Vid. también los artículos 513.2 y 514 del CP.

los Guardias que lo hagan en concepto de tal, es decir, en su cualidad de integrantes de aquélla. Si no trasciende esa condición de los manifestantes, no hay riesgo para la neutralidad del Cuerpo [...] Pero no nos hallamos ante la eventual participación de los Guardias Civiles como ciudadanos por intereses inherentes a la condición de tales, sino en la asistencia a una manifestación que, formalmente convocada por terceros, tiene por finalidad reivindicar derechos de naturaleza sindical cuya titularidad se atribuye, entre otros, a los propios Guardias Civiles. Es inconcebible que la asistencia de un Guardia Civil a ese acto no lo fuera en su condición de tal y sí en la de simple ciudadano [...] difícilmente puede decirse que su asistencia, aun cuando fuera aparentemente individual, dispusiera de naturaleza anónima.

Por otro lado, y dado el marco legislativo actual que aporta la LO 12/2007 de régimen disciplinario, debemos señalar que sí está permitida la asistencia de los miembros de la Guardia Civil a otro tipo de reuniones, como pueden ser reuniones familiares o de amistad en sus domicilios y en lugares públicos y privados. Igualmente, debe entenderse que no queda limitada la asistencia del Guardia Civil a reuniones de asociaciones a las que pertenezca legítimamente, del mismo modo que tampoco queda excluida la celebración de reuniones vinculadas a otras actividades que pueda realizar el Guardia Civil dentro del cumplimiento de las normas sobre compatibilidades⁸⁸.

Como indicábamos, el régimen disciplinario de la GC no contiene una disposición tan explícita como el artículo 8.34 de la LO 8/98 al respecto de esta cuestión. Lo que encontramos son diversas referencias disciplinarias, como la contenida en la falta muy grave del artículo 7.3, donde queda tipificado no sólo promover o pertenecer a partidos políticos o sindicales, cuestiones que abordaremos más adelante, sino el desarrollo de dicho tipo de actividades. Puesto que no se especifica más, no es legítimo entender incluido en dicha disposición el ejercicio del derecho de reunión y manifestación cuando no se hace ostentación de la condición de Guardia Civil. También puede hacerse referencia a la falta muy grave del artículo 7.14 que sanciona *la participación en huelgas, en acciones sustitutivas de la misma o en actuaciones concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de los servicios*.

La pregunta ahora es qué puede suceder en el ámbito de las FAS: Como señalábamos, el «Proyecto» habla de no organizar ni participar en reunio-

⁸⁸ Todas ellas reuniones que, por otra parte, quedan específicamente excluidas de la Ley Orgánica 9/1983, según su artículo 2º.

nes o manifestaciones de carácter político o sindical; y que el militar tampoco podrá participar, vistiendo el uniforme o haciendo uso de tal condición, en manifestaciones o reuniones de carácter reivindicativo en lugares de tránsito público.

Así, por un lado encontramos la misma prohibición que liga el ejercicio del derecho a la condición de militar (uso de uniforme y portando armas), y que, como en el caso anterior, encuentra su justificación en el deber de neutralidad política. A su vez, en el caso de los miembros de las FAS, el incumplimiento está claramente sancionado a través de la falta del artículo 8.34. Por otro lado, debemos recordar que el militar está sometido al Código Penal de 1985 que en su artículo 92 tipifica el delito de sedición⁸⁹: *los militares que en número de cuatro o más hicieran reclamaciones o peticiones colectivas en tumulto, con armas en la mano o con publicidad*, y que existen las faltas graves de los artículos 8.33 (participación en reuniones clandestinas) y 8.18 (peticiones de carácter colectivo). Sin embargo, concordamos con PASCUAL cuando señala que «las peticiones colectivas distan de estar prohibidas como tal cuando el militar que las formula no hace ostentación de tal y se refieren a asuntos ajenos al servicio», si bien abordaremos este extremo con más detenimiento al hablar del derecho de petición. Señala JIMÉNEZ VILLAREJO⁹⁰ que el concepto de clandestinidad que se maneja en el artículo 8.33 de la LO 8/98 debe ponerse en relación con el artículo 180 de las RROO, entendiéndose que la conducta castigada en la ley disciplinaria es la reunión realizada en «unidades, buques y dependencias militares sin la expresa autorización del jefe correspondiente». Con el artículo 180 de las RROO derogado, sería de aplicación, en caso de aprobarse en esos mismos términos, el apartado 2 del artículo 12 del «Proyecto», que establece las mismas exigencias de autorización. Ahora bien, debemos tener en cuenta que lo que se castigaría en ese caso no es la reunión en sí, sino la indisciplina de realizarla en contra de la decisión negativa motivada del mando.

Más problemático resulta, sin embargo, argumentar que realizar la reunión sin solicitar autorización pueda entenderse como una infracción disciplinaria, toda vez que lo que se estaría incumpliendo es un requisito administrativo vinculado al funcionamiento del servicio y no una limitación al propio derecho de reunión. Podría, en este sentido, acudir a

⁸⁹ Lo que ha venido a denominarse «sedición privilegiada», puesto que el delito de sedición «propio» no requiere necesariamente de la reunión física de los autores, como señala GIL HONDUVILLA, J., Op. Cit., p. 104,

⁹⁰ JIMÉNEZ VILLAREJO, J., Op. Cit., pp. 464-465

las Sentencias del TC que, en referencia a la comunicación a la autoridad competente que se exige en el texto constitucional (artículo 21.2) para el caso de las manifestaciones, indica que su incumplimiento puede dar lugar a una *actuación antijurídica, abusiva e incluso al margen de la buena fe del ciudadano infractor*⁹¹, si bien es cierto que la diferencia fundamental entre uno y otro requisito es, precisamente, el rango constitucional de este segundo.

El «Anteproyecto» señalaba que los militares no podían organizar, participar ni asistir a reuniones o manifestaciones de carácter político o sindical, redacción que, interpretada literalmente, suponía negar de plano el ejercicio del derecho al militar, independientemente de las circunstancias. Es de destacar que finalmente el «Proyecto» haya eliminado la palabra «asistir», lo que supone una regulación y una redacción más clara, que ya no deja lugar a dudas de la posibilidad del militar de asistir de paisano y sin hacer uso de su condición a reuniones y manifestaciones de todo tipo⁹², incluidas aquellas de las asociaciones civiles de las que legítimamente forme parte. Por otro lado, tampoco debe quedar prohibido que el militar, de uniforme, pueda asistir a reuniones de otro tipo, siempre que no sean incompatibles con dicha condición, pues de lo contrario serían sancionables vía artículo 7.26 de la LO 8/98.

En todo caso, ¿qué ocurre con las reuniones o manifestaciones que no tienen lugar en tránsito público y que son de carácter reivindicativo? En la literalidad del «Proyecto» no se hace referencia a ello, lo cual supone un avance significativo pues, como señala PASCUAL, tras la STC 219/2001, de 2 de noviembre que reconocía la legitimidad de las asociaciones profesionales de militares, no parece posible hablar de la prohibición de concurrir a reuniones o manifestaciones convocadas para militares con fines reivindicativos específicos de su carrera, si bien la vía adecuada para regular esta cuestión es a través de los márgenes del derecho de asociación que pasamos a analizar en el siguiente apartado.

⁹¹ STC 36/1982, de 16 de junio.

⁹² En el mismo sentido se ha manifestado el Teniente Coronel Auditor Cabrales Artega en su Informe sobre el «Proyecto», al señalar que: *si no se incluye en el párrafo primero del apartado 1 la locución «...asistir haciendo uso de su condición...», puede incurrirse en una limitación desproporcionado del derecho de reunión, en cuanto no puede excluirse la asistencia anónima y como mero espectador a actos políticos o sindicales. También es reseñable la redacción dada al artículo 52.3 del Proyecto relativo a los reservistas, donde se señala que fuera de la unidad y sin hacer uso de la condición de militar podrán realizar actividades políticas y sindicales, derivadas de la previa adscripción a los partidos o sindicatos, y que ha quedado en suspenso con su entrada en las FAS, siempre que no estén relacionadas con las FAS.*

3.2.B. Derecho de asociación

Señala la Ley Orgánica 1/2002 del derecho de asociación, que desarrolla la libertad reconocida en el artículo 22 de la CE, que *las asociaciones se constituyen mediante acuerdo de tres o más personas físicas o jurídicas legalmente constituidas, que se comprometen a poner en común conocimientos, medios y actividades para conseguir unas finalidades lícitas, comunes, de interés general o particular, y se dotan de los Estatutos que rigen el funcionamiento de la asociación* (artículo 5.1).

Debemos partir de que el derecho de las personas físicas a asociarse ha sido tradicionalmente concebido como un derecho de corte político⁹³, fácilmente confundido con la sindicación o la afiliación política. Sin embargo, desde un punto de vista conceptual, la propia LO 1/2002 se apresura a dejar fuera de su marco de regulación a los partidos políticos y los sindicatos⁹⁴ al tiempo que la propia CE regula dichos derechos en otros artículos. Esto no es óbice para ser consciente de que las limitaciones impuestas al derecho de sindicación de los militares (artículo 28 de la CE) han llevado a afrontar el fenómeno asociativo en dicho ámbito con cautela y confusión.

La Ley Orgánica 1/2002 señala en el artículo 3. c) que *los miembros de las Fuerzas Armadas o de los Institutos Armados de naturaleza militar habrán de atenerse a lo que dispongan las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas y el resto de sus normas específicas para el ejercicio del derecho de asociación*.

Durante la vigencia de las RROO de 1978 esa remisión implicaba la existencia de una limitación relevante del derecho, muy criticada por algunos sectores de la doctrina, que la consideraban contraria a la CE⁹⁵, que nada dice de la restricción del derecho para los miembros de las Fuerzas Armadas. Si bien es cierto que nuestro texto constitucional no contiene limitaciones expresas, debemos tener en cuenta que la regulación internacional (vinculante vía artículo 10.2) sí establece la posibilidad de limitar la libertad de asociación a los miembros de las Fuerzas Armadas o la policía: en este sentido es necesario citar el artículo 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales,

⁹³ Vid. ÁLVAREZ CONDE, E., (1991), *El régimen político español*, Tecnos, Madrid, p. 335.

⁹⁴ Así como las organizaciones empresariales, las iglesias, confesiones y comunidades religiosas, las federaciones deportivas, las asociaciones de consumidores y usuarios, así como cualesquiera otras reguladas por leyes especiales (artículo 1.3),

⁹⁵ Vid. HERBÓN COSTA, J.J., (2002), «El derecho de afiliación política del militar», *Revista Española de Derecho Militar*, nº 80, Ministerio de Defensa, Madrid, pp. 233-262.

así como el artículo 22.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

Sin embargo, en la Recomendación 1572 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 15 de julio de 2002, se hacía hincapié en que el Consejo de Ministros llamase a los Estados para:

- *to allow members of the armed forces and military personnel to organize in representative associations with the right to negotiate on matters concerning salaries and conditions of employment.*

- *to lift the current unnecessary restrictions on the right to association for members of the armed forces*⁹⁶.

Del mismo modo, la Recomendación 1742 de 2006 señalaba:

*9.1 to authorise members of the armed forces to join professional representative associations or trade unions entitled to negotiate matters connected with remuneration and conditions of employment, and to set up consultative bodies at all levels involving the aforementioned associations or trade unions, representing all categories of personnel*⁹⁷.

Con ello queremos significar que en el ámbito internacional es clara la tendencia a permitir el ejercicio libre del derecho de asociación a los miembros de las Fuerzas Armadas, incluyendo las asociaciones de carácter reivindicativo sobre asuntos profesionales. Ello no significa que desde la Asamblea del Consejo de Europa se esté hablando de que las asociaciones puedan desarrollar las formas de acción propias de los sindicatos, esto es, el derecho de huelga o acciones sustitutivas, la negociación colectiva u otras formas de conflicto colectivo, ya que este es el núcleo de una libertad diferente que abordaremos más adelante. En el mismo sentido, la jurisprudencia constitucional también ha señalado que el perseguir la satisfacción de intereses económicos, sociales o profesionales no convierte a una asociación en un sindicato⁹⁸.

En la actualidad, debido a la propia evolución social, así como a las tendencias legales y jurisprudenciales que hemos señalado, el derecho de asociación de los miembros de la Guardia Civil parece gozar de una ade-

⁹⁶ Permitir a los miembros de las Fuerzas Armadas y al personal militar organizar asociaciones representativas con el derecho a negociar asuntos relativos a los salarios y las condiciones de empleo; Eliminar las actuales restricciones innecesarias del derecho de asociación de los miembros de las Fuerzas Armadas.

⁹⁷ Autorizar a los miembros de las Fuerzas Armadas a unirse a asociaciones profesionales representativas o a uniones de comercio dedicadas a negociar asuntos relativos a la remuneración y las condiciones de empleo y fundar grupos consultivos en todos los niveles que tengan en cuenta las asociaciones antes mencionadas y representen a todas las categorías del personal.

⁹⁸ STC 219/2001 de 31 de octubre.

cuada configuración legal, acorde con la libertad propugnada en el artículo 22. Así, el artículo 9 de la LO 11/2007 señala:

1. Los Guardias Civiles tienen derecho a asociarse libremente y a constituir asociaciones, de conformidad con lo previsto en los artículos 22 y 104.2 de la Constitución y en esta Ley Orgánica, para la defensa y promoción de sus derechos e intereses profesionales, económicos y sociales.

2. Las asociaciones de Guardias Civiles que no tengan fines profesionales, se registrarán por lo dispuesto en este artículo y por las normas generales reguladoras del derecho de asociación.

3. Las asociaciones de Guardias Civiles creadas con fines profesionales se regularán de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley, siendo de aplicación supletoria las normas generales reguladoras del derecho de asociación.

4. Los Guardias Civiles miembros de una asociación tienen derecho a participar activamente en la consecución de los fines de ésta, sin más limitaciones que las establecidas en la presente Ley.

5. Las asociaciones de Guardias Civiles no podrán llevar a cabo actividades políticas o sindicales, ni formar parte de partidos políticos o sindicatos.

Como vemos, este artículo diferencia entre las asociaciones de carácter no profesional, esto es, aquellas culturales, deportivas o sociales, cuyo reconocimiento ya existía previamente, tanto a través de la propia CE como de las RROO de 1978, y las asociaciones profesionales, para la defensa y promoción de intereses profesionales, económicos y sociales, y que suponen el verdadero avance en esta materia. Así, no sólo el artículo citado habla del derecho de asociación de los miembros de la Guardia Civil, sino que 17 de los 54 artículos de la LO 11/2007 abordan este asunto.

Estas asociaciones, tal y como señala RAMÓN LEÓN, deben tener una «vocación totalmente finalista»⁹⁹: la promoción de los intereses profesionales de sus asociados y la realización de actividades sociales que favorezcan la eficiencia en el ejercicio de la profesión y la deontología profesional de sus miembros (artículo 36), y deben estar formadas sólo por miembros del Cuerpo en cualquier situación administrativa en la que se conserven los derechos y obligaciones inherentes a dicha condición (artículo 39). Además, deben tener ámbito nacional y, como se reitera en el articulado, sin vinculación con actividades políticas o sindicales (artículo 41). Aparte de ese límite, existe la universal restricción basada en el res-

⁹⁹ RAMÓN LEÓN, A., (2007), *El desarrollo del derecho de asociación profesional en la Guardia Civil*, trabajo sin publicar, p. 37.

peto a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidos en la CE¹⁰⁰, los propios límites marcados por la LO 1/2002, así como el respeto debido a los principios básicos de actuación del artículo 5 de la LO 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y al cumplimiento de las funciones que tienen encomendadas (artículo 40).

A pesar del aún presente miedo a que a través de esta libertad se «abra las puertas a un permanente fraude de ley»¹⁰¹, lo cierto es que la extensión del reconocimiento a los miembros de las Fuerzas Armadas está avalada por el Consejo de Europa y parece más abierta que nunca tras la Sentencia del TC 219/2001 de 31 de octubre.

Así, el Proyecto de ley de derechos y deberes del militar reconoce el derecho del militar a asociarse libremente y remite a la regulación específica contenida en el Título III para el caso de que la asociación tenga como fin la defensa de intereses profesionales, económicos y sociales. Dicha regulación comparte los principales rasgos del articulado de la LO 11/2007, si bien cabe hacer referencia a algunas singularidades, especialmente en lo que a su ámbito y finalidad se refiere (artículo 32), ya que se indica expresamente que estas asociaciones no podrán interferir en las decisiones de política de seguridad y de defensa, ni en el planeamiento y desarrollo de las operaciones militares y el empleo de la fuerza. Parece adecuado incluir estos extremos para reiterar la necesaria desvinculación de estas asociaciones y sus miembros con la toma de decisiones de política militar que deben adoptarse en el marco establecido según la organización del Estado. El militar, como cualquier otro ciudadano, puede intervenir en dichas decisiones en la medida en que puede ejercer su derecho al voto y a la participación política (en los términos que veremos posteriormente) e influir en el mantenimiento o modificación de una determinada opción de Gobierno, pero no cabe poner en manos de quienes ostentan la fuerza armada la capacidad de forzar dichas resoluciones.

En el «Proyecto» se reitera además la obligatoriedad de las asociaciones de permanecer desvinculadas de cuestiones políticas o sindicales y se especifica que no podrán realizar pronunciamientos públicos ni participar en reuniones o manifestaciones. No quiere decir esto que no puedan con-

¹⁰⁰ En todo caso no debe olvidarse el propio contenido del artículo 22 que señala: 2. *Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.* 5. *Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar;* así como los delitos tipificados en los artículos 515 a 521 del CP (asociación ilícita).

¹⁰¹ FERNÁNDEZ-PIÑEYRO Y HERNÁNDEZ, E., (2001), «El derecho de asociación de los militares en España» en *Normativa reguladora del militar profesional en el inicio del siglo XXI y otros estudios jurídicos militares*, Ministerio de Defensa, Madrid, p. 54

vocar y celebrar reuniones, pues ello haría prácticamente inoperantes las asociaciones¹⁰², sino que su funcionamiento «hacia fuera» del ámbito militar queda limitado, con el fin de evitar presiones a través de la opinión pública, así como la conculcación de las exigencias de disciplina, jerarquía y unidad. En todo caso, dicha limitación es a su vez congruente con la prohibición de *asistir vistiendo de uniforme o haciendo uso de su condición militar, a manifestaciones o reuniones reivindicativas en lugares de tránsito público*, contenida en el artículo 12 del «Proyecto»¹⁰³.

Bajo estos parámetros, el reconocimiento del derecho de asociación debe efectivamente producirse, sin que ello implique un menoscabo de la esencia militar. Las asociaciones profesionales pueden desarrollarse en un marco legal que permita el mantenimiento de la neutralidad política y sindical de los miembros de las Fuerzas Armadas, así como la disciplina y la jerarquía, sin mermar el derecho a promover una mejora de las condiciones profesionales del colectivo.

En todo caso, debemos tener en cuenta que no existe ningún tipo disciplinario específico que castigue la pertenencia a asociaciones profesionales (siempre que no hablemos de conductas vinculadas a la sindicación o asociación política), siendo en su caso necesario acudir al tipo en blanco del artículo 7.34, en relación con los artículos 180 y 182 de las RROO.

3.2.C. Derechos de participación política

Señala BLANQUER que «tan peligrosa es la atribución de una función política a los Ejércitos, como la absoluta marginación de los militares de los asuntos públicos en tiempos de paz»¹⁰⁴. Evidencia esta cita la necesidad de articular correctamente el ejercicio por parte del militar de los derechos reconocidos en el artículo 23 de la CE, para, sin comprometer la reiterada

¹⁰² Esta cuestión se regula en el artículo 44 del «Proyecto», donde se reconoce además la posibilidad de que las Asociaciones soliciten a los Delegados y Subdelegados de Defensa la habilitación de locales para la celebración de reuniones de carácter informativo para los miembros de las Fuerzas Armadas.

¹⁰³ Cabe reseñar que se contempla la posibilidad de que los militares retirados formen parte de las asociaciones profesionales si los Estatutos de éstas lo contemplan, pero, no podrán hacer uso de la condición de miembros en el marco de las actividades sindicales o políticas que realicen o de las reuniones y manifestaciones a las que asistan (DA 1ª). Teniendo en cuenta que los militares retirados no están sujetos al régimen de derechos y deberes de las FAS, ni al régimen penal o disciplinario (Art. 115 Ley 39/2007), queda por saber cuál sería la consecuencia del incumplimiento de este precepto.

¹⁰⁴ BLANQUER, D., Op. Cit., p. 49.

neutralidad política, evitar la negación plena de una de las libertades centrales del sistema democrático.

En primer lugar, es necesario diferenciar entre las distintas cuestiones que se reconocen en la CE; así de la redacción del artículo¹⁰⁵ pueden extraerse el derecho al sufragio activo y pasivo, pero también el propio derecho de acceso a la función pública.

El derecho de sufragio activo no ha aparecido limitado para los militares en las RROO ni en las diferentes leyes que se han sucedido relativas a la carrera militar. Aparece asumida la compatibilidad entre «ser militar» y manifestar de forma individual y anónima una opción política, si bien, como hemos visto en líneas anteriores, la libertad para conformar dicha opción y opinión se ha visto históricamente constreñida por las limitaciones impuestas a los derechos de libertad de expresión, reunión y asociación. En todo caso, no sólo el sufragio activo reconocido en la CE no aparece limitado para los militares, sino que se reconoce explícitamente tanto en la LO 11/2007, artículo 10.1, como en el «Proyecto». En ambos casos hay una remisión a la Ley Electoral General (LO 5/85 de 19 de junio) para el ejercicio práctico del derecho –como sucede con todos los ciudadanos–, y se establece además la obligación de autoridades –y mandos, en el caso de los miembros de las FAS–, de posibilitar el ejercicio, especialmente cuando el individuo se encuentra en misiones en el extranjero¹⁰⁶ o prestando servicios o guardias que coinciden con la jornada electoral. Debe entenderse que ello se configura como un mandato legal, acorde con el artículo 9.2 de la CE, y no como una mera declaración de intenciones vacía de verdadero contenido, que, adecuada a las características de la función pública militar, equivale al derecho de permiso reconocido a los funcionarios civiles en el artículo 48.1 j) de su Estatuto (LO 7/2007)¹⁰⁷.

¹⁰⁵ 1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.

2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las Leyes.

¹⁰⁶ En este caso concreto es necesario tener en cuenta la Orden Ministerial 116/1999 de 30 de abril, por la que se regula el ejercicio del derecho al voto en los procesos electorales del personal de las Fuerzas Armadas embarcado o en situaciones excepcionales vinculadas con la defensa Nacional. Vid., además, el análisis de la misma realizado por GÁLVEZ MUÑOZ, L.A., (2007), «El ejercicio del derecho de sufragio por los militares españoles en el extranjero. Examen crítico del procedimiento especial de votación previsto en la Orden 116/1999», *Revista Española de Derecho Militar*, nº 90, Ministerio de Defensa, Madrid, pp.17-54.

¹⁰⁷ En defecto de legislación aplicable, los permisos y su duración serán, al menos, los siguientes: Por tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público o personal.

Asunto diferente es el derecho de sufragio pasivo. Tradicionalmente se ha considerado incompatible la condición de militar con la de cargo elegible o electo, cuestión que en sí misma no conlleva excesivas controversias, dada la evidente imposibilidad de mantener en ese caso la neutralidad política. Ahora bien, ¿implica esa afirmación que el militar tiene vedado en toda circunstancia el sufragio pasivo? Debemos partir de que el artículo 70 de la CE establece entre *las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los Diputados y Senadores: A los militares profesionales y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policía en activo*. La clave se encuentra en la palabra *en activo*, de forma que, como señala PEÑARRUBIA, «se deduce que en cualquier otra situación administrativa no existe tal incompatibilidad». Sin que sea necesario hablar exclusivamente de tal posibilidad en la situación de retiro, como establecía el Real Decreto Ley 10/1977 de 8 de febrero (es decir, con la imposibilidad de volver al servicio activo), o en excedencia voluntaria, como marcaba la Ley 17/1989 de 19 de julio, reguladora del personal militar profesional. En la actualidad, el artículo 109.1. d) de la Ley 39/2007 de la Carrera Militar establece que se encontrarán en situación administrativa de servicios especiales los militares que: *Sean designados como candidatos a elecciones para órganos representativos públicos en ejercicio del derecho de sufragio pasivo o resulten elegidos en las mismas*. En esta situación, y tal y como dice el mismo artículo, el tiempo será computable a efectos de servicios, trienios y derechos pasivos, ya que, «era excesivo que quien siendo servidor del Estado y siguiendo al servicio del mismo tras ejercer su derecho de sufragio pasivo no devengara esos derechos»¹⁰⁸. Cabe destacar que en la anterior legislación el tiempo en estos casos no era computable a efectos de tiempo de servicio, de forma que quedaba detenida la carrera militar, en opinión de PEÑARRUBIA como consecuencia de una «opción personal» y no de una restricción impuesta para evitar el ejercicio del derecho. Consideramos nosotros, sin embargo, que no computar el tiempo a efecto de servicios sí suponía una restricción del ejercicio del derecho de sufragio pasivo, siendo más garantista la regulación actual en la que además el militar profesional puede ascender, siempre que tenga cumplidas las condiciones de ascenso establecidas en la propia ley. En consonancia con lo establecido en esta norma, el «Proyecto» establece que los miembros de las FAS deben solicitar el pase a la situación administrativa correspondiente (esto es, servicios especiales) para ejercer el derecho¹⁰⁹.

¹⁰⁸ PEÑARRUBIA IZA, J M^a., (2000), *Op. Cit.*, p. 194.

¹⁰⁹ Cabe hacer referencia también a que el derecho profesional a usar el uniforme, reconocido en el artículo 23 del «Proyecto», queda en suspenso cuando se están ejerciendo cargos de representación política.

Más restrictivo resulta el régimen impuesto a los miembros de la Guardia Civil, ya que se les aplica la Ley 42/1999 de 25 de noviembre de Régimen de Personal de la Guardia Civil (modificada por Ley 46/2007 de 13 de diciembre), cuyo artículo 83.1 a) establece que *la situación administrativa de aquellos que sean designados como candidatos a elecciones para órganos representativos públicos en ejercicio del derecho de sufragio pasivo o resultaran elegidos en las mismas es la de excedencia voluntaria, y que se reintegrarán a la situación de la que procedieren si no resultasen elegidos y pasarán a la de servicio activo o, en su caso, a la de reserva, a la terminación de su mandato. En ambos supuestos, el afectado tendrá derecho al reingreso en una plaza, puesto o destino, análogo al anteriormente ocupado, en la misma localidad, siempre que exista vacante en la misma.* Por tanto, se mantiene para los miembros de la GC la misma disposición que en su día se aplicaba a las FAS, a través de la Ley 17/1999, si bien el apartado 9 del artículo 83 especifica que el tiempo sólo es computable a efectos de trienios y derechos pasivos.

En relación directa con los derechos reconocidos en el artículo 23 de la CE, está la afiliación a partidos políticos, que si bien encuentra su asiento también en el derecho de asociación, lo cierto es que está explícitamente excluido de la regulación de la Ley Orgánica 1/2002. En el ámbito de la Guardia Civil y de las Fuerzas Armadas se parte de la prohibición absoluta de dicha afiliación por entenderse claramente como una vulneración directa del deber de neutralidad política. No cabe, por tanto, que en ejercicio del derecho de asociación o de los derechos contemplados en el artículo 23 de la CE se permita este extremo, más que una vez que se haya pasado a la situación administrativa correspondiente en la que no se está sujeto al régimen de derechos y deberes correspondiente, incluido el régimen disciplinario (faltas leves 7.29, 7.32; faltas graves 8.32 y 8.34 de la LO 8/98; y faltas muy graves 7.1, 7.2 y 7.3 de la LO 12/2007). Esta prohibición no emana exclusivamente de la normativa específica de las FAS, sino que la propia LO 5/85 de 16 de junio de Régimen Electoral General, prohíbe en su artículo 52: *a todo miembro en activo de las Fuerzas Armadas [...] difundir propaganda electoral o llevar a cabo otras actividades de campaña electoral.*

Sin embargo, tan clara perspectiva no es compartida por la Asamblea del Consejo de Europa, que en los documentos ya citados aboga por que se eliminen las restricciones de afiliación a partidos políticos de los miembros de las Fuerzas Armadas; y a pesar de ser la tónica general, no es la única regulación existente, ya que en Bélgica, los militares tienen derecho a estar afiliados a un partido político, aunque no pueden asumir responsa-

bilidades. Nosotros consideramos que la articulación de los derechos de participación política, s contenida en la LO 11/2007 y en el «Proyecto», combina adecuadamente el respeto por la Constitución y los límites necesarios a imponer a aquellos que ostentan el poder armado. De este modo, creemos, con el Consejo de Ministros del Consejo de Europa, que puede haber razones legítimas para establecer ciertas restricciones al derecho de afiliación política de los miembros de las Fuerzas Armadas.

. En cuanto al derecho de acceso y permanencia en la función pública reconocido a los ciudadanos en el artículo 23.2 de la CE, es necesario remitirnos a lo establecido en el artículo 103 del texto constitucional: *La Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad*; y en este sentido debemos establecer que todo ello es de plena aplicación al acceso y permanencia en la función pública militar, cuestión actualmente regulada en la Ley 39/2007 de la Carrera Militar¹¹⁰.

3.2.D. Derecho de sindicación

A lo largo de las páginas precedentes hemos hecho constantes referencias al deber de neutralidad política del militar, y a la vinculación de dicho deber con determinadas restricciones a derechos fundamentales como la libertad de expresión o el derecho de reunión. Sin embargo, como ya reseñamos, dichos derechos no aparecen restringidos en el texto constitucional, siendo el desarrollo legislativo posterior el que los ha limitado, basándose además en la propia redacción del artículo 28 de la CE: *Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La Ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos*.

Efectivamente, las posibles limitaciones a este derecho aparecen explícitamente contempladas en la Constitución, sin que ello implique que pueda interpretarse el artículo 28 como una exclusión directa y automática de los miembros de las FAS y de la Guardia Civil del disfrute y ejercicio del derecho, al contrario de lo que sucede con Jueces, Magistrados y Fiscales. En todo caso, nuestra legislación es clara a este respecto, optando la

¹¹⁰ En el propio contexto de participación política y social del militar deberán tenerse en cuenta la Ley de 53/1984, de 26 de diciembre de Incompatibilidades del Personal al Servicio de la Administración Pública, y el Real Decreto 517/86 de 21 de febrero, de Incompatibilidades del Personal Militar.

LO 11/1985 de 2 de agosto, de Libertad Sindical por la absoluta prohibición de toda actividad sindical a los militares en activo. *A sensu contrario*, debe entenderse permitido el ejercicio del derecho cuando los militares se encuentren en otra situación administrativa; así, la Ley 39/2007 exceptúa de la aplicación del régimen disciplinario a los miembros de las FAS en situación administrativa de servicios especiales, excedencia por prestación de servicios en el sector público, y excedencias voluntarias por interés particular, por agrupación familiar, y por cuidado de familiares. Por tanto, no quedan sujetos a las faltas de los artículos 7.32 y 8.34.

Por su parte, el Proyecto de ley de derechos y deberes del militar opta por no regular esta cuestión en el Título destinado al ejercicio de los derechos –tal y como hace la LO 11/2007 de la Guardia Civil–, sino que, en sus Disposiciones Generales, y dentro de un artículo explícitamente dedicado a la neutralidad política y sindical establece: *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 FAS, salvo las que para el personal civil se contemplan en la LO 11/85 de 2 de agosto de Libertad Sindical y demás legislación aplicable. En todo caso, mantendrá su neutralidad en relación con la actuación de los sindicatos*, cuestión que se completa con lo establecido en el marco del reconocimiento del derecho de asociación donde se establece, como ya señalamos en su momento, que: *el derecho de asociación no podrá ejercitarse mediante la constitución, pertenencia, participación, vinculación o promoción de sindicatos*.

En nuestra opinión, la redacción del «Proyecto» es sistemáticamente más acertada, pues resulta incongruente que en un título destinado al reconocimiento de derechos fundamentales se opte por incluir un artículo plenamente excluyente como el artículo 11 de la LO 11/2007: *Los Guardias Civiles no podrán ejercer el derecho de sindicación*.

Al margen de cuestiones de técnica jurídica, la doctrina discute si resulta verdaderamente necesaria la plena negación de este derecho, más teniendo en cuenta que algunos países de nuestro entorno político-cultural¹¹¹ sí han reconocido la sindicación de militares en activo. Por el momento, la insatisfacción general por esta situación aparece paliada por la admisión

¹¹¹ Se reconoce el derecho de sindicación a los militares, si bien con prohibición del derecho de huelga, en Alemania –Ley de 19 de agosto de 1975 relativa al Estatuto Militar–; en Bélgica –Ley de 11 de julio de 1978, organizando las relaciones entre las autoridades públicas y los sindicatos del personal militar–; y en los Países Bajos –Ley de 19 de diciembre de 1931, relativa al Estatuto Militar. Por su parte, Francia, Italia y Portugal prohíben este derecho.

del asociacionismo profesional al que hemos hecho referencia anteriormente y a través del cual es posible vehicular determinadas aspiraciones profesionales. En nuestra opinión, esta es una solución satisfactoria, ya que las características y medios de lucha de un sindicato implican un compromiso explícito no sólo con reivindicaciones estrictamente laborales, sino con opciones políticas, lo cual resulta incompatible con la condición de militar en activo. Ello aparece destacado en la redacción del «Proyecto», donde también se incluye el deber de neutralidad respecto a la actividad de otros sindicatos, aunque sean ajenos al ámbito militar, si bien dicho deber debe interpretarse en el marco de la legislación disciplinaria, sin que quepa una interpretación más estricta que ésta¹¹². Destaca también en el «Proyecto» el hecho de que se habla no sólo de que el militar no pueda sindicarse, sino que no debe permitir el ejercicio de ese derecho a los demás militares: no deja de ser significativa esta llamada a la disciplina y la unidad en el acatamiento de las disposiciones de neutralidad y que en nuestra opinión resulta innecesaria, por denotar desconfianza en los propios mandos de la Institución.

Lo anteriormente expuesto tiene una relación directa con el derecho de huelga reconocido a los trabajadores en el artículo 28.2 de la CE. Si bien no existe una limitación constitucional a su ejercicio por parte de los militares¹¹³, existe consenso, también en el ámbito europeo, respecto al hecho de que «la huelga es un conflicto que no se debe admitir en el caso de quienes tienen la legítima atribución de la fuerza entregada por quien es, a su vez, tanto quien hace esa utilización legítima como el empleador de las personas físicas que tienen encomendada esa función pública»¹¹⁴.

Como ocurría con el caso de la sindicación, el derecho aparece explícitamente negado a los miembros de la Guardia Civil en el artículo 12 de la LO 11/2007, donde existe además la precaución de prohibir otras actividades «sustitutivas o similares a la huelga o concertadas con el fin de alterar

¹¹² El «Proyecto» también señala que los reservistas pueden mantener su afiliación política o sindical, pero que ésta quedará en suspenso mientras estén en las FAS (artículo 51.3).

¹¹³ El artículo 28.2 establece: *Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La Ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad*. La doctrina interpreta que la referencia a los trabajadores no excluye el ejercicio del derecho por parte de los funcionarios públicos y que en el concepto «servicios esenciales» no cabe incluir exclusivamente las funciones militares. Vid. SÁNCHEZ MORÓN, M., (1997), *Derecho de la función pública*, Tecnos, Madrid, pp. 230 y ss.

¹¹⁴ PEÑARRUBIA IZA, J. M^a, Op. Cit., p. 217.

el normal funcionamiento de los servicios». Por su parte, el «Proyecto» opta, como lo hacía para el caso de la libertad sindical, por encuadrar la prohibición dentro de las disposiciones generales, con una redacción similar a la de la LO 11/2007, completada con las referencias que se realizan en la Exposición de Motivos¹¹⁵ y en el reconocimiento del derecho de asociación.

3.2.E. Derecho de petición

El artículo 29 de la CE establece:

1. *Todos los españoles tendrán el derecho de petición individual y colectiva por escrito, en la forma y con los efectos que determine la Ley.*

2. *Los miembros de las Fuerzas o Institutos armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar podrán ejercer este derecho solo individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica.*

Señala PÉREZ SERRANO que este derecho «es el más inofensivo de todos, porque estrictamente entendido, se reduce a expresar una súplica o a formular una queja»¹¹⁶. Eso no impide ser consciente de su íntima vinculación con la participación ciudadana en los asuntos públicos, y, por tanto, de su trascendencia en el ámbito democrático.

El derecho de petición tiene un desarrollo legislativo postconstitucional tardío, con la LO 4/2001 de 12 de noviembre, que derogó la Ley de 22 de diciembre de 1960 y el Decreto 93/1962 de 18 de enero, este último dedicado al derecho de petición ejercido por los militares. Pues bien, tanto la CE como la LO 4/2001 (artículo 1º) son claras y explícitas respecto al límite establecido para los miembros de las FAS y de la Guardia Civil, cual es su ejercicio colectivo, restricción basada también en este caso en razones de unidad y disciplina, sin que quepa hablar de la supresión del derecho.

Debemos destacar que ejercitar el derecho de petición no significa exclusivamente la posibilidad de formular dicha petición, sino que de ello no se deriven perjuicios para el peticionario, que exista acuse de recibo¹¹⁷

¹¹⁵ Estas formas de participación no podrán amparar procedimientos o actitudes de naturaleza sindical como la negociación colectiva, las medidas de conflicto colectivo o el ejercicio del derecho de huelga.

¹¹⁶ PEÑARRUIBIA IZA, J. Mª, Op. Cit., 402.

¹¹⁷ Artículo 6.2 de la LO 4/2001: *La administración, institución pública o autoridad que reciba una petición acusará recibo de la misma y lo comunicará al interesado dentro de los diez días siguientes a su recepción. Esta actuación se llevará a efecto por el órgano correspondiente de acuerdo con la norma organizativa de cada entidad.*

—siguiéndose las disposiciones legales sobre su admisión o no a trámite—, y que sea resuelta (sin que quepa hablar de respuesta favorable)¹¹⁸.

En el ámbito que nos ocupa el derecho aparece reconocido en diversas disposiciones; así, la Ley 42/1999 de régimen de personal de la Guardia Civil establece en su artículo 99: *Los guardias civiles podrán ejercer el derecho de petición individualmente en los casos y con las formalidades que señala la Ley reguladora del mismo. Su ejercicio nunca podrá generar reconocimiento de derechos que no correspondan de conformidad con el ordenamiento jurídico.*

El reconocimiento ha sido reiterado en el artículo 13 de la LO 11/2007. Igualmente, el Proyecto de ley de derechos y deberes del militar establece en su artículo 15 que:

*El militar podrá ejercer el derecho de petición sólo individualmente, en los supuestos y con las formalidades que señala la LO 4/2001 de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición. No son objeto de este derecho aquellas solicitudes, quejas o sugerencias para cuya satisfacción el ordenamiento jurídico establezca un procedimiento específico distinto al regulado en la citada ley orgánica*¹¹⁹.

A pesar de que parecen no existir, por tanto, cortapisas al reconocimiento y ejercicio del derecho de petición de forma individual por militares y Guardias Civiles, y que, como hemos señalado el derecho incluye que no se deriven perjuicios para el peticionario, lo cierto es que cabe hablar de una restricción legal harto discutible contenida en el artículo 8.18 de la Ley Disciplinaria de las FAS, que castiga como falta grave: *Hacer reclamaciones, peticiones o manifestaciones contrarias a la disciplina o basadas en aseveraciones falsas; realizarlas a través de los medios de comunicación social o formularlas con carácter colectivo.*

Es indudable que la técnica de redacción utilizada en este precepto deja mucho que desear, produciéndose una mezcla confusa de conductas vinculadas a las restricciones a la libertad de expresión y al derecho de petición. El tenor literal del precepto incluye entre estas conductas «las peticiones contrarias a la disciplina», lo que supone en sí mismo un tipo disciplinario abierto, cuya concreción parece quedar al arbitrio del mando. ¿Qué deben ser consideradas peticiones contrarias a la disciplina? La indeterminación puede llevar a interpretaciones tan restrictivas que dejen vacío de conte-

¹¹⁸ Artículo 11.1: *Una vez admitida a trámite una petición, la autoridad u órgano competente vendrán obligados a contestar y a notificar la contestación en el plazo máximo de tres meses a contar desde la fecha de su presentación. Asimismo podrá, si así lo considera necesario, convocar a los peticionarios en audiencia especial.*

¹¹⁹ El segundo párrafo es transcripción literal del artículo 3 de la LO 4/2001.

nido el derecho. Es por ello deseable una reforma de este precepto, así como del artículo 8.21 de la LO 12/2007 que de forma similar establece: *Cualquier reclamación, petición o manifestación contrarias a la disciplina debida en la prestación del servicio o basadas en aseveraciones falsas, o formularlas con carácter colectivo.*

Otra cuestión que cabe plantear al respecto de este derecho es la necesidad de que los militares lo ejerciten siguiendo el conducto reglamentario, toda vez que el artículo 6.1 de la LO 4/2001 establece la posibilidad de presentación ante cualquier registro o dependencia de acuerdo con lo regulado en la Ley 30/92. En nuestra opinión, en este punto es necesario diferenciar entre el ejercicio del derecho por parte del militar como simple ciudadano, es decir, sobre cuestiones no vinculadas con su condición, y en cuyo caso, es plenamente aplicable lo regulado legalmente; y la presentación de peticiones como militar y sobre asuntos de esta índole, donde surgiría la duda que nos planteamos. Pues bien, aunque algunos autores como PEÑARRUBIA señalan que deberá seguirse dicho conducto para evitar así la posible comisión de una falta disciplinaria, nada autoriza, según las disposiciones constitucionales y legales, a restringir el derecho de petición al uso del conducto reglamentario, ni a castigarlo en caso de que dicho conducto no se respete en este ámbito. En todo caso, y tal y como establece la propia LO 4/2001, tanto el militar como el ciudadano deben seguir el procedimiento reglado cuando éste exista, pues, como trascribíamos antes: *no son objeto de este derecho aquellas solicitudes, quejas o sugerencias para cuya satisfacción el ordenamiento jurídico establezca un procedimiento específico distinto al regulado en la presente Ley* (artículo 3).

Podemos en este sentido hacer también referencia al marco de las denominadas «quejas y reclamaciones», que no se entienden amparadas por el derecho de petición y que, por tanto, se configuran no como un derecho fundamental, sino legal. Así, tanto el artículo 100 de la Ley 42/99 de régimen de personal de la Guardia Civil como el antiguo artículo 161 de la Ley 17/99 de régimen de personal de las FAS recogían la posibilidad de formular quejas, si bien, siguiendo el conducto reglamentario. En la actualidad, la ley 39/2007 de Carrera Militar no contempla esta cuestión, aunque el Proyecto de derechos y deberes sí dedica el artículo 27, enmarcado en los derechos profesionales, a «iniciativas y quejas», con un contenido similar al del antiguo artículo 161, si bien son destacables algunas diferencias, como la inclusión de la expresión «de buen modo», así como de la necesidad de motivar el rechazo de la queja (en aplicación directa de la Ley 30/92), la previsión de una persona destinada al efecto para la recepción de esas quejas o iniciativas, y especialmente la referencia a que lo regulado en

el artículo es sin perjuicio de los derechos legalmente establecidos, donde deben entenderse incluidos el derecho de petición y los recursos administrativos o contenciosos. Por su parte, el artículo 33 de la LO 11/2007 de la Guardia Civil, al que ya hemos hecho referencia, también habla de la «presentación de quejas», remitiendo a un futuro reglamento para su presentación y tramitación.

En todo caso, cabe referirse tanto en el ámbito de las peticiones como de las quejas y reclamaciones a la responsabilidad de los mandos, como un plus de protección al ejercicio de estos derechos. De este modo, tanto el artículo 7.15 de la LO 8/98 como el 9.17 de la LO 12/2007 castigan como falta leve la falta de diligencia o el descuido en la tramitación de las peticiones. Además, la Ley disciplinaria de las FAS contempla también en el artículo 8.17 la falta grave de *interceptar o devolver a su origen, sin darles el debido curso reglamentario, las reclamaciones o peticiones formuladas por subordinados*. En el régimen disciplinario de la Guardia Civil, no tramitar las peticiones queda recogido como falta leve en el artículo 9.17 antes mencionado, lo cual consideramos un error, siendo más adecuada a la protección debida a un derecho fundamental su configuración como falta grave, tal y como hace la LO 8/98.

Por último, y en el contexto del derecho de petición y de las formulación de quejas y reclamaciones es necesario hacer referencia al defensor del pueblo, más teniendo en cuenta que el título destinado a los derechos fundamentales y las libertades públicas, tanto de la LO 11/2007 como del «Proyecto» se cierra con un artículo dedicado a esta figura.

La CE establece su existencia en el artículo 54:

Una Ley Orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales.

La LO a la que se refiere este enunciado es la LO 3/1981, de 6 de abril, cuyo artículo 14 atribuye explícitamente al Defensor del Pueblo competencias como *Ombudsman* militar, siempre que no se interfiera en la Defensa Nacional, y cuyo artículo 10 otorga derecho de acceso a esta figura a todas las personas con un interés legítimo, sin limitaciones por razón de sujeción especial o dependencia de la Administración o del Poder Público. Ello supone un reconocimiento directo de la posibilidad de acceso de los militares al Defensor del Pueblo, cuestión reiterada, como hemos señalado, en el artículo 14 de la LO 11/2007 y 16 del «Proyecto», sin ninguna cortapisa.

3.3. OTRAS DISPOSICIONES DE LA LO 11/2007 Y DEL PROYECTO

3.3.A. Derechos y deberes profesionales y sociales

La LO 11/2007 regula no sólo derechos de carácter fundamental, sino también el ejercicio de derechos profesionales y sociales, así como los deberes de los miembros del Instituto Armado. Esquema similar, si bien no plenamente idéntico, ha adoptado el Proyecto de ley de derechos y deberes de los militares. Algunas cuestiones han sido ya referenciadas en estas páginas tanto en el momento de enmarcar la función pública militar, como a la hora de abordar la regulación de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Ello no es óbice, sin embargo, para dedicar algunas líneas a aquellos derechos y deberes que han quedado en el tintero.

En realidad, la mayoría de ellos se encuentran directamente relacionados con el desempeño diario de la función encomendada, desde un punto de vista laboral. De esta manera, partiendo del propio derecho a la carrera profesional (ascensos, destinos, recompensas, etc.) «de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad», se habla también del régimen de incompatibilidades, horarios, permisos, vacaciones y retribuciones.

No es este el lugar para llevar a cabo un análisis de las leyes de personal de las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil¹²⁰, ni de las normativas de desarrollo al respecto de las cuestiones apuntadas, pero ello no es óbice para indicar la obligatoriedad de que dichas disposiciones respeten tanto el marco constitucional, como las líneas marcadas por la LO 11/2007 y, en su momento, por la futura ley de derechos y deberes del militar, que, en todo caso, se remiten en la mayoría de las ocasiones al desarrollo reglamentario.

También cabe reseñar otros derechos y deberes específicos como son el uso del uniforme (y armas, para el caso de la Guardia Civil), y muy especialmente el sistema de protección social, que está reconocido para ambos colectivos dentro del marco del Régimen Especial de la Seguridad Social, regulado por RD Legislativo 1/2000, de 9 de junio.

Por último, y como curiosidad, indicar que el militar y el guardia civil gozan del pleno derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, sin que sea preciso, como se establecía con anterioridad a la Constitución, ningún tipo de autorización para ello, ni tampoco la comunicación al jefe de la Unidad, tal y como señalaban las RROO de 1978.

¹²⁰ Ley 39/2007 y Ley 42/1999.

3.3.B. Consejos profesionales

La LO 11/2007 incluyó en su articulado la regulación del Consejo de la Guardia Civil como órgano de participación de las asociaciones profesionales, y el «Proyecto» para las FAS ha optado también por la creación de un Consejo de Personal, si bien reiterándose en este segundo caso, al igual que se hacía en el ámbito del derecho de asociación, que quedan excluidas de su actuación las cuestiones relativas a política de seguridad y defensa, operaciones militares y empleo de la fuerza.

La regulación que se establece en el «Proyecto» es bastante más parca que la contenida en la LO 11/2007, dejándose previsiblemente para el posterior desarrollo reglamentario cuestiones como la elección de miembros y los derechos y deberes de éstos.

No vamos a entrar a analizar con detenimiento estos Consejos, ya que excede de los objetivos del trabajo, pero sí es necesario hacer mención de su relevancia como cauce para una mayor efectividad del derecho de asociación, así como la necesidad de que su existencia se articule efectivamente para satisfacer intereses y derechos legítimos reconocidos.

La creación del Consejo supondrá la supresión de los denominados Consejos Asesores de Personal, que surgieron con la Ley 17/1999 (artículo 151), y que se insertan orgánicamente en el mando o jefatura de personal de cada Ejército (y en la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa para los Cuerpos Comunes). Actualmente, estos órganos continúan vigentes, según Disposición Derogatoria Única de la Ley 39/2007, y cualquier militar puede dirigirse a ellos con propuestas o sugerencias, previéndose su reunión conjunta para el caso de que los temas a tratar sean de interés para todas las Fuerzas Armadas.

Los Consejos Asesores de Personal fueron desarrollados por Real Decreto 258/2002, de 8 de marzo, que delimita los ámbitos de actuación, a saber: funciones, categorías y empleos militares; plantillas de destinos; encuadramiento de militares profesionales; enseñanza militar; adquisición de la condición de militar; historial militar; evaluaciones; régimen de ascensos; provisión de destinos; situaciones administrativas; cese en la relación de servicios profesionales; derechos y deberes de los militares profesionales; Consejos Asesores de Personal; retribuciones; disponibilidad; incompatibilidades; acción y protección social; medidas de apoyo a la movilidad geográfica de los miembros de las Fuerzas Armadas; Reales Ordenanzas; leyes penales y disciplinarias; calidad de vida y aspectos sociales que afecten al personal militar. Si bien, el artículo 3º señala:

En ningún caso corresponderá a los Consejos Asesores de Personal conocer de las peticiones, quejas y recursos regulados en el capítulo V Título XII de la Ley 17/1999, ni de las propuestas o sugerencias mediante las que se pretenda la revisión de actos o resoluciones administrativas adoptadas por las autoridades en materia de su competencia. No obstante, sí podrán analizar, valorar y emitir opiniones sobre planteamientos generales que se estimen de interés para el conjunto de las Fuerzas Armadas.

Finalmente, según el artículo 17.4: Los acuerdos adoptados por el Pleno, con acompañamiento de los votos particulares si los hubiere, serán elevados al Ministro de Defensa por el Jefe del Estado Mayor de su Ejército, o el Subsecretario de Defensa en el caso de los Cuerpos Comunes, según proceda, quienes añadirán sus propios informes.

Aunque la creación de estos Consejos fue un reconocido avance en la constitución de cauces de participación del militar, resultan insuficientes en el contexto político-social actual. Como señala OLIVERES, «los Consejos Asesores no tienen capacidad de representación real, ni de presión ni de negociación. Las propuestas recibidas dependen de la aquiescencia de las autoridades militares o políticas, asemejándose de esta manera a los antiguos sindicatos verticales»¹²¹. Por ello, la creación del Consejo de la Guardia Civil, y a imagen suya, el futuro Consejo de las FAS, supone una mayor concreción de las exigencias representativas.

En definitiva, y como señala la propia Exposición de Motivos del «Proyecto»: *con el Consejo de Personal se establecen y formalizan las relaciones entre el Ministerio de Defensa y las asociaciones profesionales de miembros de las Fuerzas Armadas.*

3.3.C. Observatorio de la vida militar

En cumplimiento del mandato contenido en la Ley de Defensa Nacional 5/2005 (DA 3ª), se crea en el «Proyecto» un Observatorio de la vida militar, destinado, según los propios términos del articulado *al análisis permanente de la condición de militar y de la forma en que el Estado vela por los intereses de los miembros de las Fuerzas Armadas.*

Se configura como órgano colegiado, de carácter asesor y consultivo, al que se pretende dotar de independencia. Se establece que sus miembros

¹²¹ OLIVERES BOADELLA, A., & ORTEGA, P., (2007), *El militarismo en España: balance del ciclo armamentista español hasta 2007*, Icaria, Barcelona, p. 96.

serán nombrados cuatro por el Congreso de los Diputados y cuatro por el Senado, por un periodo de 5 años, entre personalidades de reconocido prestigio en el ámbito de la defensa o los recursos humanos (y que no podrán mantener cargos de representación política).

Sus funciones, según el artículo 53 del «Proyecto» serán las siguientes:

a) Efectuar el análisis y propuestas de actuación sobre el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas por los miembros de las FAS.

b) Elaborar informes y estudios sobre el régimen de personal y las condiciones de vida en las FAS.

c) Proponer medidas que ayuden a la conciliación de la vida profesional, personal y familiar de los militares.

d) Promover la adaptación del régimen del personal militar a los cambios que se operen en la sociedad y en la función pública.

e) Analizar los problemas que en el entorno familiar de los afectados se producen como consecuencia de su disponibilidad, movilidad geográfica y de su específico ejercicio profesional que conlleva la participación en operaciones en el exterior.

f) Evaluar la aportación adicional de recursos humanos a las FAS a través de diferentes modalidades de reservistas.

g) Velar por la aplicación a los militares retirados de la normativa que ampara sus derechos pasivos y asistenciales.

El artículo 53 señala, además, que para poder cumplir estas funciones el Observatorio podrá recabar la información sobre personal que precise del Ministerio de Defensa y de los Ejércitos y que también podrá realizar visitas a las unidades.

Debe apuntarse que los análisis del Observatorio se configuran como estudios de carácter general, sin que se le otorgue competencia para resolver quejas individuales, si bien se le faculta para recibir iniciativas sobre casos concretos que a la larga puedan propiciar soluciones generales (Exposición de Motivos).

A priori, la creación de una institución destinada a velar por la situación de los militares y la mejora de sus condiciones es, sin duda, bienvenida y puede reputarse de gran utilidad para supervisar la adecuación de las Fuerzas Armadas al contexto socio-cultural, europeo y democrático; pero, lógicamente, será necesario esperar a que inicie su andadura para poder realizar cualquier tipo de análisis sobre su verdadera aportación. Podemos aventurar, por el momento, que, a fin de impedir una merma de su potencialidad, será necesario evitar que se convierta en un foro politizado y utilizado para dirimir cuestiones ajenas a sus objetivos.

CONCLUSIONES

La elección de la temática abordada en este texto fue debida al mandato legislativo contenido en la LO 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional de elaboración de un Proyecto de ley reguladora de los derechos fundamentales de los militares profesionales, y que durante varios años había permanecido incumplido. Era la Guardia Civil la que contaba, ya desde octubre de 2007, con un texto destinado al reconocimiento y regulación de sus derechos, tanto fundamentales como de carácter social y profesional. Cabía preguntarse hasta qué punto este documento jurídico estaba sirviendo de base para dar cumplimiento al mandato legislativo citado, proporcionando similar *status* a los miembros de las Fuerzas Armadas. Así, en el transcurso de la redacción de este texto, concretamente el 14 de mayo de 2010, el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley de Derechos y Deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, y poco después, el 7 de julio, fue finalmente aprobado el Proyecto de Ley Orgánica. Su análisis se hacía ineludible para comprobar si efectivamente se había seguido como modelo la LO 11/2007 de 22 de octubre, como era previsible, y si, a partir de ahí, se había ganado o perdido terreno en el reconocimiento de derechos.

Sin duda, lo más llamativo a la hora de enfrentar ambos documentos, es el reconocimiento del derecho a la asociación profesional, pero no es lo único reseñable. En nuestra opinión, los textos precisarían incluir todos los derechos contenidos en la Sección I, Capítulo II, I Título I de la Constitución, al margen de que, *a priori*, pueda considerarse que no existe restricción a los mismos. Así, sería conveniente la inclusión del derecho a la vida e integridad física y moral, el derecho a la libertad religiosa, ideológica y de culto¹²², el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la educación. Al margen de este silencio, podemos concluir que en el ámbito de las Fuerzas Armadas siguen presentes limitaciones al ejercicio de derechos fundamentales basadas en los conceptos de neutralidad, unidad, disciplina y jerarquía, sin que la siempre nombrada evolución social deslegitime las consideraciones realizadas al respecto en sede jurisprudencial y que avalan el empleo de estos principios como límites, eso sí, de forma justificada y concretizada. Por ello, a pesar de las opiniones doctrinales que abogan

¹²² Se ha incluido en la Exposición de Motivos del «Proyecto» una referencia a este derecho: *En el ámbito de las Fuerzas Armadas se respetará y protegerá el derecho a la libertad religiosa que se ejercerá de acuerdo con la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, sin perjuicio de la asistencia religiosa que se debe garantizar por el Gobierno de conformidad con lo previsto en la disposición adicional octava de la Ley de la carrera militar.*

por una bajada de intensidad en los constreñimientos que la neutralidad política como principio de actuación del militar puede acarrear, lo cierto es que su mención es constante en los textos analizados, lo mismo que las referencias a las reglas de comportamiento del militar, donde se encuadran la jerarquía, la disciplina y la unidad.

Todo ello no es óbice para indicar que se han producido avances compatibles con estos límites en la situación y el reconocimiento de derechos de los miembros de la Guardia Civil, y, si se aprueba el «Proyecto», de las Fuerzas Armadas, al tiempo que se mantienen restricciones innecesarias para unos y/u otros no justificables, en nuestra opinión, dentro del marco constitucional existente. De esta forma, y evitando una reproducción en este punto de lo ya expuesto a lo largo de las páginas precedentes, cabe hacer una referencia sucinta a las siguientes cuestiones:

Si bien parece pertinente mantener la sanción de arresto para determinadas infracciones en el ámbito del militar de las Fuerzas Armadas, por la mayor exigencia disciplinaria derivada del cumplimiento de sus misiones constitucionales, resulta más problemático el mantenimiento de la medida recogida en el artículo 26 de la LO 8/98, que deja al arbitrio del mando la posibilidad de decretar dicho arresto por un periodo de hasta 48 horas.

Una vez determinado el carácter de domicilio del alojamiento de un militar, independientemente de sus características físicas, que es la tesis que nosotros sostenemos, cabe plantear el problema de la entrada en dicho domicilio. En este sentido, es necesario diferenciar entre revistas o inspecciones, y las llamadas diligencias de entrada o registro, siendo inapelable la necesidad de autorización judicial en este último caso. La redacción dada en la LO 11/2007 y en el «Proyecto» a la posibilidad de realizar registros por parte del jefe de la unidad resulta confusa, en nuestra opinión, y precisaría de una mayor aclaración respecto al objeto de dicha prerrogativa.

En relación con la libertad de residencia y circulación, opinamos que en la futura ley de derechos del militar cabría recoger el derecho a la libre determinación de la residencia, sin establecerse la necesidad de autorizaciones reglamentarias, menos cuando existen otras vías para garantizar las razones de esa posible limitación, es decir, la eficacia del servicio, como son las propias consecuencias penales/disciplinarias de su incumplimiento. Por ello, consideramos acertada la redacción del artículo 10 del «Proyecto» donde la única limitación establecida a la libertad de residencia es la exigencia del deber de disponibilidad permanente a que se refiere el artículo 21.

Al analizar el derecho a la información observamos que el punto más polémico es el derecho de acceso a los IPECs, y a este respecto consideramos que, si bien hay argumentaciones a favor del mantenimiento de este

sistema, éste resulta abusivo con el militar, tal y como ha sentenciado la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Puede hablarse de una apertura jurisprudencial a la hora de establecer los límites a la libertad de expresión cuando nos encontramos ante reivindicaciones laborales, personales o profesionales, siempre que los términos sean adecuados; y consideramos que dicha apertura podría tener una acogida más amplia en la ley de derechos y deberes del militar.

En cuanto al derecho de reunión, y en relación con la celebración de reuniones en las Unidades, el «Proyecto» exige la autorización expresa del jefe de la Unidad y faculta la negativa por razones no sólo del servicio sino disciplinarias. En nuestra opinión, este documento podría tener una mejor adecuación a las exigencias del texto constitucional, que no establece la necesidad de autorización previa, ya que las exigencias que la disciplina puede imponer en el ámbito de las Fuerzas Armadas no parecen en la actualidad suficientes para fundamentar la limitación vía administrativa al ejercicio del derecho de reunión.

El Proyecto de ley de derechos y deberes del militar reconoce el derecho del militar a asociarse libremente y remite a la regulación específica contenida en el Título III para el caso de que la asociación tenga como fin la defensa de intereses profesionales, económicos y sociales. Dicha regulación comparte los principales rasgos del articulado de la LO 11/2007, si bien cabe hacer referencia a algunas singularidades, especialmente en lo que a su ámbito y finalidad se refiere, al indicarse expresamente que estas asociaciones no podrán interferir en las decisiones de política de seguridad y de defensa, ni en el planeamiento y desarrollo de las operaciones militares y el empleo de la fuerza. Parece adecuado incluir estos extremos para reiterar la necesaria desvinculación de estas asociaciones y sus miembros con la toma de decisiones de política militar que deben adoptarse en el marco establecido según la organización del Estado.

Consideramos que la articulación de los derechos de participación política contenidos en la LO 11/2007 y en el «Proyecto» combinan adecuadamente el respeto por la Constitución y los límites necesarios a imponer a aquellos que ostentan el poder armado.

En el ámbito del derecho de petición, es necesario hacer referencia a la existencia de la restricción legal contenida en el artículo 8.18 de la Ley Disciplinaria de las FAS y en el 8.21 de la LO 12/2007, ya que su indeterminación puede llevar a interpretaciones tan restrictivas que dejen vacío de contenido el derecho.

**EL GÉNESIS DEL DERECHO INTERNACIONAL
HUMANITARIO. EL TRATADO DE REGULARIZACIÓN
DE LA GUERRA DE 1820 Y SU INCIDENCIA
EN EL SURGIMIENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL
HUMANITARIO**

Msc. Francisco Alfaro Pareja

SUMARIO

Introducción. La regularización del conflicto de la Independencia de Venezuela.
El génesis del Derecho Internacional Humanitario. Capitulaciones apegadas al
Tratado de Regularización de la Guerra. Conclusiones. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Si bien un ser humano nace oficialmente el día que sale del vientre de su madre y comienza a tener una vida independiente de su progenitora en el sentido biológico, la concepción es un proceso previo en donde, producto de la confluencia de una serie de factores, el Ser ya existe de manera biológica y esencial en este plano físico, apegado aún al cuerpo de la madre.

Igualmente, podemos afirmar que el Derecho Internacional Humanitario tiene su concepción el 26 de noviembre de 1820, en la ciudad venezolana de Trujillo. Ese día, los líderes de las tropas patriotas y realistas firmaron el Tratado de Regularización de la Guerra, el primero en su género en el mundo occidental.

El nacimiento del Derecho Internacional Humanitario se produce con la firma de los Convenios de Ginebra, en donde se sientan las bases de la

Cruz Roja Internacional y el Derecho Internacional Humanitario actual. No obstante, su concepción inicial tiene su antecedente en la regularización del conflicto entre colombianos y españoles por la independencia de Venezuela.

El historiador venezolano Rafael Ramón Castellanos y el jurista ecuatoriano Jorge Salvador Lara refrendan la tesis de que este tratado es el precursor del Derecho Internacional Humanitario –aquel que se articularía en 1864 con la primera Convención de Ginebra– y Antonio José de Sucre –redactor del documento– su precursor. Tesis que fue refrendada por el XV Congreso Mundial de Historia celebrado en Bucarest-Rumania en el año de 1980.

La coincidencia ideológica en el marco del Liberalismo Político, entre el gobierno que se instala en la Península Ibérica en 1820 –reactivando la Constitución Liberal de 1812 – y la élite patriota que lidera el proceso emancipador venezolano, hace posible que se firme este Tratado, reduciendo a lo interno la violencia del conflicto y sentando a nivel mundial el precedente más importante y revelador para que los seres humanos limiten sus guerras a los campos de batalla y a sus combatientes activos.

Este ensayo analiza el Tratado de Regularización de la Guerra como génesis del Derecho Internacional Humanitario, sus antecedentes y su incidencia para el Derecho de hoy.

LA REGULARIZACIÓN DEL CONFLICTO DE LA INDEPENDENCIA DE VENEZUELA

La Independencia de Venezuela (1810-1846) fue un conflicto que enfrentó a lo largo de su duración a patriotas y realistas mediante la utilización de vías violentas y pacíficas para la solución del diferendo. Los primeros, aspiraban la separación de la Capitanía General de Venezuela de la soberanía del Imperio español, los segundos lucharon por mantener su sujeción.

A lo largo de su duración, interactuaron formas violentas y pacíficas de canalización del conflicto, siendo su primera etapa, entre 1810 y 1823, la de mayor violencia y la segunda, a partir de esa fecha y hasta 1846, la de la intensificación de las vías pacíficas y dialogadas.

No obstante, a partir de 1820, un evento servirá de «gran mediación» para la potenciación de vías pacíficas para resolver el conflicto. Según Muñoz y Molina, las mediaciones son concebidas como aquellas situaciones intermedias en las que se reconocen los proyectos, los intereses, las necesi-

dades y las percepciones de los actores, es decir, cierto intervalo o espacio físico, temporal o causal en el que deja de producirse determinada acción y se dinamizan otras. Las mediaciones pueden ser concebidas entonces también como espacios de interacción entre paz y violencia en diversas dimensiones¹. No obstante, tal y como destaca Muñoz:

«[...] lo más importante es que tales mediaciones terminan por influir en el transcurso de los acontecimientos, de manera que el discurrir de los hechos depende en gran medida de todo este tipo de mediaciones»².

En este sentido, la significación de los encuentros entre patriotas (representantes del gobierno de Colombia) y realistas (representantes de la Corona española), en la ciudad venezolana de Trujillo y en el vecino pueblo de Santa Ana, entre el 19 y 27 de noviembre de 1820, como mediación, fue fundamental para la transformación y resolución del conflicto de emancipación de Venezuela –y a partir de allí de Ecuador, Perú y Bolivia– por vías menos violentas y para la dinamización de regulaciones pacíficas.

Los encuentros de Trujillo, dieron como resultado el Tratado de Armisticio, suscrito el 25 de noviembre y el Tratado de Regularización de la Guerra, suscrito el 26 de noviembre. Estos fueron complementados con el encuentro de Santa Ana, entre el principal líder patriota y presidente de Colombia³, Simón Bolívar y el general español Pablo Morillo, principal autoridad militar y política del ejército realista en Tierra Firme, efectuado el 27 de noviembre. Este último significó un momento y espacio de reconocimiento e interpelación intersubjetiva entre los líderes de ambos partidos.

Ciertamente el arribo al poder del gobierno liberal en la Península Ibérica a principios de 1820 y la coincidencia entre estos y los patriotas venezolanos en fundamentos del Liberalismo Político tales como la protección del individuo frente a los gobiernos absolutistas y la valoración de la persona humana y su racionalidad, hicieron posible la suscripción de estos tratados.

El Tratado de Regularización de la Guerra será sin lugar a dudas el documento fundamental que redefinirá el conflicto, limitando la violencia

¹ Francisco Muñoz y Beatriz Molina Rueda. «Estudio e Investigación de la Paz». Beatriz Molina Rueda y Francisco A. Muñoz. EN *I Congreso Hispanoamericano de Educación y Cultura de Paz*. Granada, Universidad de Granada. 2004, (s/n).

² Francisco Muñoz. «La paz imperfecta en un mundo en conflicto». Francisco A. Muñoz (ed.). En *La paz imperfecta*. Granada. Universidad de Granada. 2001. p. 50 - 60.

³ La República de Colombia estaba conformada entonces por la Capitanía General de Venezuela y el Virreinato de Nueva Granada. A partir de 1822 se incorpora a la república Quito, actual Ecuador. Esta estructura se mantendrá hasta 1830, cuando Venezuela se separa de Colombia al igual que Ecuador.

a los campos de batalla y potenciando caminos de diálogo entre ambos bandos. Documento que por su estilo –quizá sin saberlo– será precursor del Derecho Internacional Humanitario en Occidente.

No obstante, anterior a la suscripción de este Tratado, algunos teóricos republicanos en Europa ya habían tratado con anterioridad el problema de la regulación de la guerra y la consecución de la paz. Algunos de ellos, tales como Kant, Rousseau y Vattel analizaron el problema desde la experiencia europea de finales del siglo XVIII.

Pero ¿por qué limitar una guerra? Todo conflicto político regulado violentamente busca como fin ulterior la consecución de la paz. Así, la moderación o limitación de la guerra busca abonar el camino para la consecución de la paz de una manera más ventajosa y estable para las partes en pugna. Si bien en la actualidad la guerra parece una forma aberrada de regular los conflictos entre actores políticos, hace varios siglos era simplemente una forma más.

El suizo-francés Jean Jacques Rousseau, autor del famoso tratado político *El contrato social*, partía de la idea de que la guerra era inherente al sistema estatal europeo y un grave obstáculo para llevar adelante el progreso y las reformas internas a cada uno de estos Estados, y que la única forma de acabar con este mal era la creación de una federación de Estados. Sin embargo, al no ver una posibilidad cercana a esa federación, dejó el problema de la guerra como insoluble⁴.

Por su parte, Emmerich de Vattel, filósofo y diplomático suizo, nacido el 25 de abril de 1714 y autor del libro *La Ley de las Naciones ó los Principios del Derecho Natural aplicado a la conducta y los asuntos de naciones y soberanías*, partía de la misma premisa de Rousseau acerca de la inevitabilidad de la guerra, pero proponía una solución parcial al menos más realista. Para este filósofo, la guerra debía ser regulada, limitada o al menos moderada, ya que cuanto menos destructivo fuese un conflicto, menos vindicativos serían los términos de paz impuestos por el vencedor, y por ende la paz sería segura, ventajosa y probablemente duradera.

Insistía Vattel en que previamente, para poder limitar una guerra y lograr un provechoso acuerdo de paz al ir a una mesa de negociación, era necesario que las partes descartaran la idea de que sus razones para irse a las armas eran justas. Debían en cambio entender que las guerras siempre son justas para todos los Estados, incluso siendo estos los enemigos directos, porque es potestad del Estado definir sus intereses e ir a la guerra si así

⁴ W.E. Gallie. *Filósofos de la paz y de la guerra*. México. Fondo de Cultura Económica. 1985. p. 45.

lo considera necesario⁵. Es decir, partir de una suerte de comprensión de la otredad en el derecho que tienen los Estados de acudir a la guerra como recurso.

Entonces, expresa Vattel, si los Estados en conflicto parten de éste piso común viendo a la guerra como algo inevitable pero no deseable, era posible moderarla y así garantizar un proceso de paz posterior, más estable y seguro.

Finalmente el filósofo alemán Immanuel Kant, no estaba de acuerdo en ver la guerra como una medida no deseable pero justa, a la cual pueden acudir los Estados siendo únicamente probable regularla. Kant, autor de obras como la *Crítica de la razón pura* y el tratado *La paz perpetua*, insistía en que la aspiración máxima de los Estados debía ser alcanzar la paz permanente, como paso previo a la institucionalización de un orden y un marco jurídico internacional⁶.

El planteamiento de Bolívar para 1820, manifestado a través de sus cartas escritas en plena negociación del armisticio, parece acercarse más a la idea que hace el teórico Vattel acerca de la necesidad de regular la guerra, como máxima expresión de la violencia directa, para poder evitar la profundización de las cicatrices de odio y, una vez finalizado el conflicto, construir una paz más segura que lleve progresivamente a las partes al perdón, o al menos a la convivencia pacífica.

Sabiéndolo o no, la consecución de un tratado para regular la guerra, no es sólo una mediación que facilita la consecución de otras regulaciones pacíficas, sino que al mismo tiempo representa un documento que reduce la violencia dentro de la violencia y potencia la paz.

Sin embargo, el caso venezolano reviste una mayor complejidad pero a la vez una mayor perentoriedad ya que, si bien Vattel plantea este escenario para un conflicto «entre Estados», en Venezuela el conflicto de emancipación, que estaba tomado un carácter internacional y había retomado las banderas políticas e ideológicas, seguía siendo civil –ya que en ambos bandos participaban venezolanos activamente– y ahora se configuraba entre dos Estados: Colombia y España. Es por eso que la regularización de la guerra era una medida imperiosa para el futuro de la sociedad venezolana.

Así, la suscripción de este Tratado generará cuatro efectos fundamentales. Primero, impulsa la creación un instrumento jurídico superavanzado con lo cual se pone fin definitivamente al derecho a hacer la guerra sin límites y se dan pasos hacia una reglamentación del conflicto bélico.

⁵ *Ídem*.

⁶ *Ibidem*. p. 47.

Segundo, se genera una suerte de empatía, ya que los líderes de ambos bandos comienzan a considerar el sufrimiento de su contraparte así como el del sector de los no combatientes. Esto representa un gran paso, ya que la generación de empatía va más allá de la simple otredad, y en el caso del conflicto de la independencia de Venezuela, dicha sensación se había perdido con la llamada Guerra a Muerte que deshumanizó al contrincante e involucró de manera coercitiva a sectores de la sociedad no interesados en participar de la contienda, entre 1813 y 1820.

Tercero, con este tratado que reduce la *violencia estructural* dentro del conflicto, lo cual abona el camino para que el reencuentro, una vez cesasen las regulaciones violentas, estuviese menos lleno de la carga emocional negativa que generan los actos sanguinarios y de crueldad.

Cuarto, este tratado repercute en la regulación y definición de los conflictos en los otros territorios suramericanos donde se enfrentan tropas de su Majestad Católica (realistas) y el llamado Ejército Libertador (pro independentista).

Será el enviado de Bolívar, Antonio José de Sucre, quién redactará el documento con el apoyo de los otros negociadores, Briceño y Méndez, como consta en carta del 25 de noviembre de 1820 dirigida por Sucre a Bolívar. Dice en una de sus partes así:

« [...] El tratado de regularización de la guerra lo propondremos hoy, tan generoso, liberal y humano como Ud. desea.

Álvarez queda aquí para llevar a Ud. el tratado para su ratificación, etc. [...]»⁷.

Pero ¿quién fue Antonio José de Sucre? Sucre nace en la ciudad venezolana oriental-costera de Cumaná, el 3 de febrero de 1795. Perteneciente a una familia con amplios ascendentes militares, Sucre se integra en 1809 como cadete a la compañía de Húsares Nobles de Fernando VII, bajo las órdenes de Juan Manuel Cagigal⁸.

Sucre realizará su carrera militar en principio, bajo las órdenes de Santiago Mariño y, a partir de 1817, bajo las órdenes de Bolívar. En 1819 será ascendido a general de brigada y, en 1820, ratificado por Bolívar⁹. Finalmente, Sucre destacará en su carrera militar y política en el sur del conti-

⁷ Carta de Antonio José de Sucre a Simón Bolívar, del 25 de noviembre de 1820, en Rafael Ramón Castellanos (Compilador): *Epistolarios Bolívar - Antonio José de Sucre / Antonio José de Sucre - Bolívar*. Tomo I. Caracas. Ediciones de la Presidencia de la República. 1983. p. 166.

⁸ José Luis Salcedo Bastardo: «Antonio José de Sucre». En *Diccionario de Historia de Venezuela de la Fundación Polar*. Tomo III. Caracas. Fundación Polar. 1997. p. 1192- 1196.

⁹ *Ídem*.

nente al liderar la batalla de Ayacucho que consolida la independencia del Perú, emprender campañas armadas al sur de Ecuador y al convertirse en presidente de Bolivia. Estos méritos lo harán el acreedor del título de Gran Mariscal de Ayacucho.

La faceta de Sucre como diplomático será realmente brillante, no sólo por redactar el Tratado de Regularización de la Guerra en 1820, sino por aplicarlo posteriormente en las capitulaciones de las batallas de Pichincha y Ayacucho y ampliarlo en la rendición de Charcas, con lo que se consolida la independencia de varios países suramericanos.

EL GÉNESIS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

A continuación analizaremos parte del Tratado de Regularización de la Guerra, génesis del Derecho Internacional Humanitario, suscrito el 26 de noviembre de 1820 por el bando patriota y realista. Tomado de la versión citada por Jorge Salvador Lara, leamos su preámbulo:

«Deseando los gobiernos de España y Colombia manifestar al mundo el horror con que ven la guerra de exterminio que ha devastado hasta ahora estos territorios, convirtiéndolos en un teatro de sangre; y deseando aprovechar el primer momento de calma que se presenta para regularizar la guerra que existe entre ambos gobiernos, conforme a las leyes de las naciones más cultas y a los principios más liberales y filantrópicos, han convenido en nombrar comisionados que estipulen y fijen un tratado de regularización de la guerra [...]»¹⁰.

Ya desde aquí nuevamente se reconoce –tal como se hizo en el Armisticio– que, así como hay un gobierno de España, también hay otro de Colombia, lo cual es un reconocimiento que recibe el bando patriota por segunda vez en menos de dos días. Al mismo tiempo, destaca nuevamente el liberalismo como espacio de paz entre ambas partes, el cual ha servido de catalizador para el encuentro, el reconocimiento y el diálogo. El documento de 14 artículos dice así:

«[...] Art. 1º.- La Guerra entre España y Colombia se hará como la hacen los pueblos civilizados, siempre que no se opongan las prácticas de ellos a alguno de los artículos del presente tratado, que debe ser la primera y más inviolable regla de ambos gobiernos.

¹⁰ Tratado de Regularización de la Guerra entre patriotas y realistas, suscrito el 26 de noviembre de 1820, citado por Jorge Salvador Lara: *El Gran Mariscal de Ayacucho, precursor del Derecho Internacional Humanitario*. Caracas. Comisión Nacional del Bicentenario del Gran Mariscal de Ayacucho. 1996. p. 91.

Art. 2º.- Todo militar o dependiente de un ejército tomado en el campo de batalla aún antes de decidirse ésta, se conservará y guardará como prisionero de guerra, y será tratado y respetado conforme a su grado hasta lograr su canje [...]»¹¹.

En el artículo 2º se da un paso fundamental y es que el prisionero de guerra pasa a ser tratado con respeto y humanidad, lo cual hubiese sido impensable en la Venezuela de los fatídicos años de 1812, 1813 o 1814.

«[...] Art. 4º.- Los militares o dependientes de un ejército que se aprehendan heridos o enfermos en los hospitales, o fuera de ellos, no serán prisioneros de guerra, y tendrán libertad para restituirse a las banderas a que pertenecen, luego que se hayan restablecido. Interesándose tan vivamente la humanidad en favor de estos desgraciados, que se han sacrificado a su patria y a su gobierno, deberán ser tratados con doble consideración y respeto que los prisioneros de guerra, y se les prestará por lo menos la misma asistencia, cuidado y alivio que a los heridos y enfermos del ejército que los tenga en su poder [...]»¹².

Según Lara, es este artículo el que se concibe como uno de los precursores del Articulado del Convenio de Ginebra de 1864, en lo referente a los fines de la Cruz Roja Internacional. Y es que aquí se señala que el herido no es prisionero de guerra y además que debe ser atendido como un herido del bando donde fue tomado hasta que se recupere y se reintegre a sus filas.

«[...] Art. 6º.- Se comprenderán también en el canje y serán tratados como prisioneros de guerra, aquellos militares o paisanos que individualmente o en partidas hagan el servicio de reconocer, observar o tomar noticias de un ejército para darla al jefe de otro.

Art. 7º.- Originándose esta guerra de la diferencia de opiniones, hallándose ligados con vínculos y relaciones muy estrechas los individuos que han combatido encarnizadamente por las dos causas; y deseando economizar la sangre cuanto sea posible, se establece que los militares o empleados que habiendo antes servido a cualesquiera de los dos gobiernos hayan desertado de sus banderas y se aprehendan bajo la del otro no pueden ser castigados con pena capital. Lo mismo se entenderá con respecto a los conspiradores y desafectos de una y otra parte [...]»¹³.

Este documento destaca algo importante: ambas partes llegan al acuerdo, en el artículo 7, de que el conflicto armado ha tenido sus orígenes en

¹¹ *Ibídem.* p. 92.

¹² *Ídem.*

¹³ *Ibídem.* p. 94.

diferencias de opiniones en cuanto a dos causas políticas distintas, a decir el republicanismo y el monarquismo, la independencia y la pertenencia al imperio. Asimismo, se destaca en este artículo el hecho de que los vínculos entre los individuos que han participado de este conflicto son muy estrechos, lo cual denota el carácter civil del enfrentamiento y el interés en reducir el gasto de sangre innecesario y los resentimientos que esto genera.

El Tratado de Regularización de la Guerra da incluso un trato humanitario a los espías, conspiradores, desafectos y desertores, los cuales no pueden ser ejecutados con pena capital, sino que deben ser tratados como prisioneros de guerra. Aquí se trasluce el carácter liberal del documento el cual pone por encima de todo, los derechos individuales y las garantías básicas en el marco de un conflicto político.

Sigue el documento:

«[...] Art.8º.- El canje de prisioneros será obligatorio, y se hará a la más posible brevedad. Deberán, pues, conservarse siempre los prisioneros dentro del territorio de Colombia, cualquiera que sea su grado y dignidad; y por ningún motivo ni pretexto se alejarán del país llevándolos a sufrir males mayores que la misma muerte.

Art. 9º.- Los jefes de los ejércitos exigirán que los prisioneros sean asistidos conforme quiera el gobierno a que estos corresponden, haciéndose abonar mutuamente los costos que causaren [...]

[...] Art.11º.- Los habitantes de los pueblos que alternativamente se ocuparen por las armas de ambos gobiernos, serán altamente respetados, gozarán de extensa libertad y seguridad, sean cuales fueren o hayan sido sus opiniones, destinos, servicios y conductas con respecto a las partes beligerantes.

Art.12º.- Los cadáveres de los que gloriosamente terminen su carrera en los campos de batalla, o en cualquiera combate, choque o encuentro entre las armas de los dos gobiernos, recibirán los últimos honores de la sepultura, o se quemarán cuando por su número o por la premura del tiempo, no pueda hacerse lo primero [...] Los cadáveres que de una u otra parte se reclamen por el gobierno o por los particulares, no podrán negarse y se concederá la comunicación necesaria para transportarlos [...]»¹⁴.

El artículo 11º es verdaderamente trascendental, ya que declara la necesidad de que los ejércitos respeten a la población no involucrada directamente en el conflicto, independientemente de sus posiciones u opiniones, y que además no se le involucre coercitivamente en el conflicto. Recordemos que fueron muchas las veces cuando caudillos como los realistas

¹⁴ *Ibídem.* p. 95–96.

Boves, Rosete, Antoñanzas o patriotas como Ribas llegaron a distintos pueblos de Venezuela masacrando de la manera más horrenda a gran parte de la población.

Igualmente es importante recordar instrumentos jurídicos como la Ley Marcial de 1814 y la Proclama de Carúpano de Bolívar de 1816, en los que se obligaba a la población a combatir para defender activamente la causa republicana.

Con el Tratado de Regularización de la Guerra hay un reencuentro con los valores de humanidad, caballerosidad y magnanimidad, que se habían perdido hacía tiempo en Venezuela. Además es un mecanismo jurídico y una herramienta real para evitar que las regulaciones de violencia extrema del conflicto sigan provocando heridas más profundas entre los bandos en pugna que, como se refleja a lo largo del texto, están estrechamente vinculados.

En resumen, la diplomática ecuatoriana Ximena Martínez de Pérez, señalará que:

« [...] La normativa establecida en dicho Tratado no tuvo precedente alguno en América y apenas referencias aisladas en Europa. Sintetiza la esencia de lo que actualmente constituye el Derecho Internacional Humanitario, contenida en los siguientes preceptos: un trato justo y caritativo a favor de los prisioneros de guerra y de los enfermos y heridos en los campos de batalla; prohibición de que estos últimos sean tomados como rehenes; obligación de que se les brinde la misma asistencia que reciban los heridos y enfermos del ejército que los tenga en su poder; rechazo a la pena de muerte para conspiradores y desertores y al exilio de los detenidos; garantía del absoluto respeto de la población civil y a sus opiniones políticas y obligación de dar sepultura a los cadáveres como también a su entrega a los familiares que lo soliciten [...]»¹⁵.

Ante la trascendencia de lo establecido en este documento, Rafael Ramón Castellanos considera que Antonio José de Sucre es el precursor del Derecho Internacional Humanitario actual y que el Tratado de Regularización de la Guerra –de su autoría–, firmado en Trujillo, es el instrumento que lo impulsa. Cita Castellanos al jurista Jorge Salvador Lara quien señala:

«[...] Y es aún más significativo el que algunas disposiciones de ese Tratado, quizá sean más avanzadas de las que constan en los convenios

¹⁵ Ximena Martínez de Pérez, citada por Rafael Ramón Castellanos. En *La dimensión internacional del Gran Mariscal de Ayacucho*. Cumaná. Ediciones de la Gobernación del Estado Sucre. 1998. p. 67 – 68.

vigentes. Tal es el caso de los procedimientos que regulan la liberación de los prisioneros de guerra, ya que mientras en el III Convenio de Ginebra de 1949 se señala que deberá efectuarse luego de que concluyan las hostilidades, en el Tratado de 1820 no se condiciona su libertad al término de la contienda, estableciéndose que los prisioneros deberán ser canjeados cuanto antes y con carácter obligatorio [...] El Tratado de Regularización de la Guerra prohíbe la pena de muerte, no obstante se trate de desertores, conspiradores y desafectos, mientras que el IV Convenio de Ginebra acepta la pena capital, para los culpables de espionaje, actos graves de sabotaje, o infracciones internacionales [...]»¹⁶.

Si bien en 1815 ya se había suscrito entre Rusia, Austria y Prusia «El Tratado de la Santa Alianza» –al cual se anexó España en 1817– en el cual se establecían los principios cristianos de amor, fraternidad y paz, estos fueron utilizados para sofocar de manera conjunta el germen revolucionario que ya se encendía en muchas partes. No hay precedentes en la historia occidental, dice Castellanos, acerca de los postulados inmersos en el Tratado de Regularización de la Guerra de 1820¹⁷.

Además, con la firma de este Tratado, dice Marcos Rubén Carrillo, Colombia entró en el concierto de las naciones por primera vez. Si bien no hay un reconocimiento expreso de la independencia por parte de España, este convenio de carácter internacional sólo era posible (tomando en cuenta la época) si se realizaba entre al menos dos Estados o Naciones. Los tratados internacionales no pueden firmarse de manera unilateral¹⁸.

Para el historiador Tomás Straka, la firma del Armisticio y el Tratado de Regularización de la Guerra tuvo un impacto tremendo en la legitimidad de la causa patriota, que se observa en el inicio de los contactos diplomáticos con el liberalismo español y el comienzo de la reconciliación con España que se profundizaría a partir de la muerte de Fernando VII en el año de 1833 y que finaliza con el reconocimiento de Venezuela por parte de España en 1845¹⁹.

Con estos dos tratados, si bien patriotas y realistas no satisfacen sus objetivos específicos, se dan la mayoría de los elementos necesarios para la potenciación de una regulación pacífica y la consecución de su éxito. Esto

¹⁶ Jorge Salvador Lara, citado por Rafael Ramón Castellanos. En *La dimensión internacional del Gran Mariscal de Ayacucho*. Cumaná. Ediciones de la Gobernación del Estado Sucre. 1998. p. 67 – 68.

¹⁷ Rafael Ramón Castellanos. *Op. Cit.* p. 73.

¹⁸ Marcos Rubén Carrillo: *Los tratados de Trujillo*. Trujillo. Ediciones del Centro de Historia del Estado Trujillo. 1968. p. 14.

¹⁹ Tomás Straka: «España y Venezuela: Un reconocimiento en dos actos (1820 – 1845)». En *Cuadernos Hispanoamericanos* 653-654. Caracas. 2004. p. 38.

porque, se reconocen nuevamente, se retoma la cualidad mutua de otredad y se comienza a generar la necesidad de alcanzar la paz una suerte de empatía, todo ello producto de la neutralización de las actitudes radicales y la legitimidad alcanzada por los líderes de ambos bandos que alcanzan una zona de acuerdo posible basada en intereses comunes. De aquí la importancia de estos Tratados firmados en 1820 para la consecución de la paz en Venezuela y el reconocimiento internacional.

CAPITULACIONES APEGADAS AL TRATADO DE REGULARIZACIÓN DE LA GUERRA

A partir de la suscripción del Tratado de Regularización de la Guerra, sin lugar a dudas, el conflicto por la emancipación de Venezuela se hizo menos violento. No obstante, los efectos de este Tratado no se limitaron sólo a las fronteras del conflicto entre patriotas y realistas en el territorio venezolano de la Gran Colombia, sino que también se extendieron a otras latitudes en los procesos emancipadores de Suramérica, tales como los de Perú, Ecuador y Bolivia.

En primer lugar, porque el Tratado implicaba a todos aquellos representantes del gobierno de España y sus ejércitos, que en este caso, se encontraban distribuidos a lo largo del continente suramericano. En segundo lugar, porque el Ejército Libertador, formado mayoritariamente por tropas colombianas (de Venezuela, Cundinamarca y Ecuador) participaron en los procesos independentistas de Ecuador, Perú y Charcas, de modo que estaban sujetos a lo establecido en el documento regulador de la guerra. Veamos algunos de los escenarios en los que se aplican los valores previstos por este instrumento jurídico.

1.1. LA BATALLA DE CARABOBO (VENEZUELA)

A pesar de que se suscribe el Tratado de Regularización de la Guerra, el 26 de noviembre de 1820, no será sino hasta 1821, una vez vence el plazo del Armisticio firmado entre patriotas y realistas y se reanudan las hostilidades, que se demostraría si existía voluntad en la práctica de cumplir con lo pactado y suscrito en la ciudad de Trujillo.

El 24 de junio de 1821, había llegado el momento de una de las regulaciones violentas definitorias del conflicto de la independencia de Venezuela. El ejército patriota se enfrentaba al ejército realista de Miguel De La Torre en la sabana de Carabobo.

Un planteamiento táctico sorpresivo por parte de Bolívar, la actuación acertada de las Divisiones encabezadas por los generales Páez y Cedeño²⁰ y el coronel Plaza, la acción oportuna del Batallón de Cazadores Británicos, y en general la motivación de los patriotas, dio un triunfo contundente al ejército republicano.

Los realistas perdieron dos oficiales superiores, 120 oficiales subalternos y 2.786 soldados de tropa en batalla²¹. Los patriotas tuvieron también cuantiosas pérdidas entre los cuales destacan el general Manuel Cedeño y el coronel Ambrosio Plaza²². Literalmente, el Campo de Carabobo quedó sembrado de cadáveres.

Sin embargo, sobre la muerte del general Cedeño en el enfrentamiento con el Batallón N° 1 de Valencey, vale destacar una anécdota relacionada con la reaparición de los gestos de caballería y del Derecho Humanitario. Según relato de Tomás Cipriano Mosquera, el coronel García, Comandante de éste batallón realista, hizo respetar a este oficial patriota de alto rango cuando dejó un tambor que mantuviese el cadáver acostado sobre su pecho hasta que llegasen algunos soldados para atenderlo²³.

No hubo capitulación en Carabobo, puesto que La Torre y Morales huyeron rumbo a Puerto Cabello con gran parte de sus tropas. Sin embargo, el ejército patriota tomó prisioneros realistas. Es así que el 6 de julio de 1821, el General Miguel de La Torre escribe en carta dirigida a Bolívar lo siguiente:

«[...] Excmo. señor: Ha llegado a mí noticia que por V.E. han sido tratados con toda consideración los individuos del ejército de mi mando que han tenido la desgracia de ser prisioneros de guerra. Doy a V.E. las debidas gracias por este rasgo de humanidad, que me hace disminuir el sentimiento de la suerte de dichos individuos; esperando que continuará V.E. de este modo dando pruebas nada equívocas de que hace renacer las virtudes sociales que habían desaparecido por el enardecimiento de las pasiones que han desolado estos fértiles países [...]»²⁴.

A lo que responde Bolívar en carta del día 10 de julio de 1821:

«[...] Me es extraordinariamente agradable que V.E. sepa el modo con que hemos tratado a los rendidos en Carabobo. Me extendo a añadir a V.E.

²⁰ En algunas fuentes, Sedeño.

²¹ Sin embargo, según Lecuna la cifra está comprendida entre 3.200 a 3.500 realistas muertos y más de 200 decesos patriotas.

²² Héctor Bencomo Barrios. «Batalla de Carabobo». *Diccionario de Historia de Venezuela*. Caracas. Fundación Polar. Tomo I. Exlibris Impresiones. 1997. p. 662 – 663.

²³ J.A. De Armas Chitty: *Carabobo*. Caracas. Ernesto Armitano Editor. 1971. p. 86.

²⁴ Carta de Miguel de La Torre a Simón Bolívar, del 6 de julio de 1821. *Ibidem*. p. 92.

que esta misma conducta se ha tenido en todas partes desde el rompimiento de las hostilidades, y es de desear que ninguna causa dolorosa nos obligue a cambiar de conducta [...]»²⁵.

Por primera vez se había demostrado la voluntad en la práctica de cumplir con lo pactado y suscrito en Trujillo en cuanto a regularización de la guerra.

1.2. LA TOMA PATRIOTA DE LA CIUDAD DE CARACAS (VENEZUELA)

A mediados de junio de 1821, previamente a la Batalla de Carabobo, un caso simbólico favorecido por la regularización de la guerra, fue el del coronel realista José Pereira quien, luego de haberse impuesto en Caracas a Bermúdez, se vio aislado al enterarse de la derrota en Carabobo. Pereira decidió buscar una salida por las costas de La Guaira, fue perseguido por el ejército patriota y deambuló durante varios días por el litoral central en busca de una vía hacia Puerto Cabello o de un barco que le permitiese embarcarse hacia ese lugar.

Finalmente y sin salida, Bolívar, quien había llegado a la capital, le propone una capitulación honrosa, apegada a un ideario humanitario. A continuación pasamos a citar esta propuesta de rendición, remitida a Pereira, el 2 de julio de 1821:

«[...] 1º-Vd., los demás jefes y oficiales de la división, no serán tratados como prisioneros de guerra, sino que permanecerán en libertad y se les concederán sus pasaportes para que se restituyan a la España europea, bajo la sola condición de que no podrán volver a servir contra Colombia, en la presente guerra, sino al paso que se vayan dando por su gobierno los canjes correspondientes.

2º- La tropa española quedará prisionera y con libertad de tomar o no servicio en las banderas de la república, los que lo deseen, o de establecerse en el país, como paisanos, si lo exigieren así.

3º- La tropa americana se licenciará para que se restituya a sus casas.

4º- Los jefes, oficiales y tropas conservarán y cuanto tengan propio en la división; y los jefes y oficiales llevarán consigo sus armas.

5º- Se hace extensivo el beneficio del artículo 4º a los paisanos que, en clase de emigrados, o de otro cualquier modo, sigan la marcha y la suerte

²⁵ Carta de Simón Bolívar a Miguel de La Torre, del 10 de julio de 1821, en Vicente Lecuna (Compilador): *Obras de Simón Bolívar*. Caracas. Ediciones de la CANTV. 1982. p. 575.

de la división. Además recibirán su pasaporte para salir del país, si lo pidieren.

6º- Las armas, municiones, fornituras y demás objetos militares y cuantas propiedades sean del gobierno español se entregarán al de la república.

7º- Se concederá a la división los honores militares para rendir las armas [...]»²⁶.

Pereira hará algunas modificaciones al texto. Bolívar las aprobará. Gran parte de sus postulados se apoyaban en los principios del Tratado de Regularización de la Guerra de noviembre de 1820. Pereira capitula ante Diego Ibarra y entrega la división bajo su comando a los patriotas.

Este tipo de acciones, donde el conflicto se humanizaba y donde el prisionero tenía una nueva oportunidad de vida, abrían espacios para la consolidación de la confianza, el diálogo y el reconocimiento de las partes. Vale destacar el artículo 2º, que les da la oportunidad a los soldados españoles de unirse a las banderas del ejército patriota.

1.3. LA TOMA REALISTA DE LA CIUDAD DE CORO (VENEZUELA)

En septiembre de 1821, Bolívar ordenó un cerco naval a Puerto Cabello –el Fuerte más importante en poder de los realistas– para impedir los suministros y el apoyo que recibe por mar la causa realista. Aunque la balanza de poder se había inclinado a favor de los patriotas, los realistas contaban aún con una fuerza militar importante en Venezuela.

Es así que, el general La Torre decide emprender una expedición para recuperar y reforzar posiciones en el occidente venezolano, retomando la ciudad de Coro en diciembre de 1821. Posteriormente, La Torre sitia la población de La Vela de Coro –que se encuentra fortificada– y el 9 de enero de 1822, el coronel patriota Juan Gómez debe capitular ante el asedio realista.

Dicha capitulación estará apegada también al ideario humanitario del Tratado de Regularización de la Guerra, siendo esta la primera vez que los realistas aplican un documento de este tipo bajo estas condiciones, ya que en anteriores ocasiones habían sido los patriotas los encargados de aplicarlo.

Esto demuestra que se habían recuperado ciertos valores de humanidad y caballería en la guerra, que se habían perdido en el fragor de la exaltación de las pasiones y la intensificación de la violencia desde el año 1813.

²⁶ Carta de Simón Bolívar a José Pereira, donde se le ofrece una propuesta de capitulación, del 2 de julio de 1821. *Ibídem.* p. 573.

A principios de 1822, la provincia de Coro y la costa oriental del Lago de Maracaibo, desde Puertos de Alta gracia hasta Misva, ya se encontraban en poder de los realistas. No obstante, la ciudad de Maracaibo estaba en manos de los patriotas. La Torre regresará a reforzar la plaza de Puerto Cabello.

1.4. LA CAPITULACIÓN EN LA BATALLA DE PICHINCHA (ECUADOR)

Mientras se consolidaba la independencia en territorio venezolano, el 24 de mayo de 1822, el general Antonio José de Sucre, comandó las tropas republicanas del ejército colombiano en el enfrentamiento que se produjo con el ejército realista en territorio ecuatoriano. La Batalla de Pichincha sería definitiva para la consolidación de la independencia del Ecuador.

A pesar de que las tropas realistas se atrincheraron en el Fortín del Panecillo, ya su lucha estaba perdida. El Mariscal de Campo del Ejército Español y Capitán General de las tropas realistas, general Melchor Aymerich efectuó una proposición de capitulación que fue aceptada por Sucre.

Nuevamente, esta capitulación se apega al Tratado de Regularización de la Guerra que el propio Sucre había redactado en 1820. En uno de sus artículos señala que:

«[...] las tropas españolas saldrán de dicha fortaleza con los honores de la guerra, y en el sitio y hora que determine el señor General Sucre entregarán sus armas, banderas y municiones [...] Los señores oficiales conservarán sus espadas, caballos y equipajes [...]»²⁷.

Por otra parte, tomando en cuenta que los días previos al enfrentamiento varios representantes del Clero ecuatoriano habían defendido con firmeza su subordinación a la Corona Española, Sucre organiza la realización de un *Te Deum* en la Catedral de Quito en donde el padre mercedario José Bravo reconocerá la magnificencia de la capitulación alcanzada posterior al enfrentamiento, por el trato humanitario dado al vencido²⁸.

Tanto Aymerich como el resto de prisioneros españoles fueron trasladados a Guayaquil por el coronel patriota Juan Illingrot, quien se encargó de cumplir también con el artículo 8º de la mencionada capitulación que señala « [...] *El señor General Aymerich queda en libertad de marchar cuando y por donde quiera con su familia, para lo cual será atendido con*

²⁷ Capitulación de la Batalla de Pichincha, del 24 de mayo de 1822. Citada por Rafael Ramón Castellanos. En *La dimensión internacional del Gran Mariscal de Ayacucho*. Cumaná. Ediciones de la Gobernación del Estado Sucre. 1998. p. 129.

²⁸ *Ibidem*. p. 129 – 130.

todas las consideraciones debida a su clase, representación y comportamiento [...]»²⁹.

El escritor ecuatoriano Manuel de Guzmán Polanco señalará que la capitulación de Pichincha:

« [...] no es el documento que consigna el odio de los rivales, ni la superflua vanidad del triunfador, ni la angustia del vencido; es el sometimiento de la razón a las leyes eternas del respeto a la personalidad de los hombres y de las naciones y el llamado de la sangre a la cooperación fecunda, en un superado plano de igualdad; [...]»³⁰.

Con esta capitulación, que se sella la independencia de Ecuador, se da paso a la incorporación de la Antigua Provincia de Quito a la república de Colombia por el voto de los pueblos.

1.5. LA CAPITULACIÓN EN LA BATALLA DEL LAGO DE MARACAIBO (VENEZUELA)

En agosto de 1822, el general Francisco Tomás Morales, nueva máxima autoridad realista en territorio venezolano, deja Puerto Cabello en custodia y zarpa hacia Maracaibo con 14 buques y 1.200 hombres a su mando, para ejecutar la toma de la ciudad. Evadiendo un bloqueo naval patriota, inicia su campaña al occidente de Venezuela que finaliza con la retoma de esta ciudad, el 9 de septiembre de ese mismo año. En poco tiempo se había apoderado de todo el Zulia³¹.

En esas lides, ciertos cabecillas realistas, incluyendo al propio Morales, revivieron algunas acciones crueles que habían sido sepultadas por la regulación de la guerra. Ciertamente, Morales era un soldado surgido de las luchas caudillescas en Venezuela, a diferencia de Morillo y La Torre que tenían una formación profesional y respetuosa del Derecho de la Guerra.

Estas acciones eran las primeras que ponían en riesgo todo lo que habían construido patriotas y realistas en pro de la potenciación de las regulaciones pacíficas y la disminución de la violencia estructural. El general patriota José Antonio Páez, máxima autoridad en Venezuela –ante la salida de Bolívar en campaña hacia el Sur de América– lanza una proclama el 30

²⁹ *Ibídem.* p. 131.

³⁰ Discurso del Concejal Dr. Manuel de Guzmán Polanco en la sesión solemne del Ayuntamiento conmemorativa de Ayacucho el 24 de mayo de 1957. Citado por Rafael Ramón Castellanos. *Ibídem.* p. 133 y 134.

³¹ Hadelis Jiménez: *Batalla Naval del Lago de Maracaibo*. Caracas. Editor Marvin Klein. 2002. p. 25.

de noviembre de 1822, ante las violaciones de Tomás Morales, buscando oxigenar el Tratado de Regularización de la Guerra:

« [...] Soldados!

Un enemigo sediento de sangre pretende revivir la época desastrosa de 1814 en que cubrió de horror, llanto y luto a Venezuela [...]

Del general Morales os habló: él es el autor de esos sangrientos decretos que acabáis de oír, y ellos en verdad corresponden a sus sentimientos y los principios que adquirió en la escuela del infernal Boves su maestro [...]

Soldados!

El tratado de regularización de la guerra es un don del cielo que debéis conservar y respetar aunque vuestros enemigos lo quebranten. Que el mundo entero os admire porque seáis grandes en generosidad como en valor, y que no empapéis el suelo libre con sangre de los rendidos. Estos son los votos del Gobierno que habéis jurado sostener con vuestras vidas [...]»³².

El 24 de julio de 1823, la escuadra realista y la patriota se enfrentan en la mayor batalla naval del conflicto de independencia: la Batalla Naval del Lago de Maracaibo. La lucha se extendió hasta la madrugada del 25 de julio. Finalmente, la armada patriota vence y varios barcos realistas son perseguidos. Otros quedan bloqueados en el Lago de Maracaibo.

Al verse sin una alternativa viable de éxito y bajo un bloqueo naval en el Lago de Maracaibo, el mariscal de campo Tomás Morales capitula, el día 3 de agosto de 1823. Esta capitulación de 18 artículos, aprobada, sancionada y ratificada por el general Manuel Manrique y el contralmirante José Prudencio Padilla, como representantes de la República de Colombia, se suscribe el día 4 de agosto de ese mismo año. Esta capitulación se apega nuevamente a los principios del Tratado de Regularización de la Guerra. En este documento es importante destacar el artículo 7, en el que se establece que:

«[...] Artículo 7º: Los primeros Jefes de la República de Colombia en este Departamento facilitarán inmediatamente los buques necesarios para transportar a puerto seguro de la isla de Cuba los jefes, oficiales, sargentos y demás individuos de tropa que componen el ejército español y sus dependencias, siendo de cuenta de dicha República los gastos que se hagan para ello, facilitando además la misma, los víveres que necesiten y haciendo se guarde en todos los oficiales y jefes por la gente de los buques el decoro y buen trato correspondiente a sus clases [...]»³³.

³² Proclama de José Antonio Páez, del 30 de noviembre de 1822, citada por Tomás Pérez Tenreiro: *Don Miguel de la Torre y Pando. Relación de sus campañas en costa firme 1815 -1822*. Carabobo, Venezuela. Italgráfica. 1971. p. 448.

³³ *Ibidem*. p. 74 – 75.

En este artículo, se observa que el trato hacia el ejército vencido va mucho más allá incluso de lo que plantea el artículo 2º del Tratado de Regularización de la Guerra y de la capitulación de la Toma de Caracas. En este tratado se le ofrece zarpar hacia la isla de Cuba bajo custodia naval si deciden seguir las banderas realistas corriendo con los gastos de traslado. Asimismo, se garantiza la custodia y el traslado de las propiedades de los realistas tanto del ámbito político como militar³⁴.

Así, el 15 de agosto de 1823, el último Capitán General y Comandante Militar de la Corona española en Venezuela, zarpaba rumbo a la isla de Cuba, llevando consigo a sus oficiales y tropa. Otro capítulo del conflicto de la independencia se había cerrado y un nuevo capítulo en el camino a la paz se había iniciado. Relata Morales, en su *Relación Histórica*, lo siguiente:

«[...] y aunque estábamos dispuestos a sostener a todo trance el honor de las armas de S.M [...] ellos sin embargo nos temían y trataron de evitar los efectos de la desesperación, ofreciéndonos la capitulación más honrosa que había obtenido ningún ejército Real de Ultramar [...]

[...] en medio de la desgracia esta corta e inaudita campaña cierra dignamente el cuadro horroroso, pero heroico de los sufrimientos de los leales en los 14 años que duró la sangrienta lucha de aquellas Provincias [...]»³⁵.

1.6. LA CAPITULACIÓN DE LA CIUDAD FUERTE DE PUERTO CABELLO (VENEZUELA)

El 17 de mayo de 1822, se produce el primer gran golpe sobre esta ciudad. El capitán realista Raimundo Cabo Montero, quién se encontraba al frente de las tropas que custodiaban el Fuerte Mirador de Solano de Puerto Cabello, se ve obligado a capitular ante el asedio presentado por Páez. Esta rendición se apegó a los principios del Tratado de Regularización de la Guerra, permitiendo a los patriotas hacerse de una fortaleza que, por estar ubicada en una colina, sirvió de vigía a la ahora ciudad sitiada.

³⁴ Estas prerrogativas incluían también a los prisioneros hechos el día 24 y 25 de julio de 1823, posterior a la Batalla Naval del Lago, en el artículo 12 de dicha capitulación.

³⁵ Francisco Tomás Morales. «Relación Histórica en Compendio de las Operaciones del Ejército Expedicionario de Costa Firme, durante el tiempo que estuvo al mando del Exmo. Señor Don Francisco Tomás Morales» al Ministerio de la Guerra de España, fechado en 1832, en Angelina Lemmo y Germán Carrera Damas (Compiladores): «Materiales para el estudio de la ideología realista de la Independencia». En *Anuario*. Volumen II. Caracas. Instituto de Antropología e Historia – Facultad de Ciencias Económicas y Sociales - Universidad Central de Venezuela. 1971. p. 1142 - 1143.

En noviembre de 1823, el general Páez, enterado ya de la rendición en Maracaibo de Francisco Tomás Morales, intensificó el acoso sobre las posiciones militares de Puerto Cabello. La noche del 7 de noviembre, puso en marcha una acción militar conjunta, ordenando penetrar la ciudad por la zona de los manglares, tomar las baterías realistas Princesa, Constitución, Corito y Príncipe, asaltar el muelle y ocupar la puerta de La Estacada.

Todo ello utilizando el factor sorpresa.

El general realista Sebastián de La Calzada se rindió. Pero aunque Puerto Cabello había sido tomado, el Fuerte que defendía la plaza aún estaba bajo el mando de un realista. El coronel Manuel de Carrera y Colina, en un acto de insubordinación, desconoció la orden y la autoridad de su superior, Sebastián De la Calzada (quien se encontraba en manos de Páez), para rendir la fortaleza. Ante esta situación, Páez entregó nuevamente la espada a De la Calzada para que volviera al Castillo a fin de poner orden a su subordinado³⁶. Una vez en la fortaleza, De la Calzada hizo reconocer su autoridad y se tramitó la capitulación.

Este documento se apega nuevamente al Tratado de Regularización de la Guerra, y se asemeja a las capitulaciones anteriores. No obstante, tiene algunos aspectos nuevos que es importante destacar porque amplía su carácter humanitario en cuanto a la protección de las personas y sus bienes inmuebles de los vencidos. Veamos parte del articulado que lo diferencia de los anteriores y lo enriquece:

«[...] Artículo 17: Que a los vecinos y demás habitantes de esta plaza se les respete su persona y bienes, sean cuales hayan sido sus opiniones, sin impedir su salida ahora o cuando gusten para donde quieran, bien sea llevando sus bienes, vendiéndolos o dejándolos en administración en persona de su confianza, según mejor les convenga.

Contestación.- Concedido: contrayéndose solamente a los bienes de los vecinos y habitantes que en el día existan en la plaza y Castillo de Puerto Cabello, siempre que el gobierno no haya dispuesto de alguna propiedad de las que se refiere en este artículo: en lo demás concedido.- PÁEZ.

Artículo 18: Que se consideren en el mismo caso y con iguales privilegios a los del artículo anterior los que se hallen ausentes y quieran venir a la plaza a disponer de sus bienes raíces, como también los emigrados en ella, sea por razón de sus empleos o cualquiera otra causa que les haya obligado a su permanencia en este punto, y tengan bienes fuera de su jurisdicción.

³⁶ Esta decisión de Páez, que pudiese ser tildada de atrevida y arriesgada, podría tomarse como un acto de verdadera de confianza, generada a partir del acercamiento mutuo.

Contestación.- Concedido en cuanto las leyes vigentes de la república lo permitan, reservándome recomendar la solicitud de los interesados.- PÁEZ [...]»³⁷.

Si bien no hay una garantía total por parte de Páez, como representante del gobierno colombiano, existía la intención de proteger al máximo la individualidad de la persona y los bienes de los individuos que se quedaran en el territorio venezolano después de finalizado el conflicto. Incluso, en el artículo 19, se solicita sean atendidos los reclamos que realicen los emigrados de Colombia y que quieran venir personalmente a atenderlos, a lo cual Páez responde que deberán gestionar su solicitud ante el gobierno de la nueva república. En este mismo tono se expresa el artículo 20:

«[...] Artículo 20: Los comerciantes, tanto europeos como americanos que estén emigrados y quieran regresar a Colombia a arreglar sus intereses, lo podrán hacer libremente y serán protegidos por el gobierno.

Contestación.- Concedido en los mismos términos que el artículo anterior.- PÁEZ [...]»³⁸.

En estos artículos, al proteger la propiedad y los negocios de los que ya los tenían, se buscaba de alguna forma insertar a los ex partidarios realistas a la nueva vida nacional enmarcada en la república, a fin de evitar un impacto para la paz social. Así caía Puerto Cabello, el baluarte realista más importante durante el conflicto de la independencia de Venezuela.

1.7. LA CAPITULACIÓN EN LA BATALLA DE AYACUCHO (PERÚ)

El 9 de diciembre de 1824, se produce la victoria que consolida la independencia republicana del Perú en el campo de Ayacucho. La acción armada, que tendrá una duración de aproximadamente cuatro horas, inhabilita definitivamente al más fuerte bastión realista que quedaba en el Sur de América.

Ese mismo día, el Teniente General de los Reales Ejércitos de Su Majestad Católica, general José Certenac –quién había sido encargado del mando superior por haber sido herido en batalla el Virrey José de La Serna– propone y acuerda una capitulación con el general Antonio José de Sucre, Comandante en Jefe del Ejército Unido Libertador del Perú.

³⁷ Capitulación de la plaza de Puerto Cabello y Castillo de San Felipe, del 10 de noviembre de 1823, citada por José Antonio Páez: *Autobiografía del General José Antonio Páez*. Caracas. Ediciones de PDVSA. 1990. p. 229.

³⁸ *Ibídem*. p. 230.

Antes de la firma del documento, se produce un hecho digno de ser recordado. En el marco de los valores humanitarios consagrados en el Tratado de Regularización de la Guerra, el general Sucre decide visitar al Virrey La Serna, quien se encontraba malherido en una construcción improvisada que servía de hospital. Según el testimonio del coronel Manuel Antonio López, testigo del encuentro, ambos se saludaron y ante la situación que apremiaba al Virrey, Sucre ofreció llevarlo a un lugar menos incómodo para que fuera atendido de una mejor manera. Esto se materializó y el Virrey fue trasladado³⁹.

La capitulación de Ayacucho, se mantendrá en el marco del articulado de las capitulaciones precedentes en cuanto a los valores humanitarios que realistas y patriotas habían logrado consagrar en Venezuela y Ecuador. En el artículo cuarto se establece que:

«[...] Ninguna persona podrá ser incomodada por sus opiniones anteriores aún cuando haya hecho servicios señalados a favor de la causa del rey, ni los conocidos por pasados; en este concepto tendrán derecho a todos los artículos de este tratado [...]»⁴⁰.

Limitándonos a los nuevos preceptos que establece esta capitulación podemos señalar lo siguiente. En concordancia con lo establecido en el artículo 7º de la capitulación de la Batalla del Lago de Maracaibo en Venezuela, el artículo 2º de la capitulación de Ayacucho establece que, además del transporte a los individuos del ejército español para regresar al país, el Estado del Perú garantizará al menos el pago de la mitad del sueldo de los soldados vencidos mientras permanezcan en territorio peruano⁴¹. Esto representaba, sin lugar a dudas, un gran avance en comparación con los documentos suscritos con anterioridad.

Asimismo, en el artículo sexto, se establece la protección de los bienes y propiedades de los españoles que se hallaren, para el momento de la suscripción de la capitulación, afuera del territorio peruano, de los cuales serían libres de disponer en el término de tres años⁴². A diferencia de la capitulación de la Toma de Puerto Cabello, suscrita por Páez, en este caso Sucre no hace ningún tipo de limitaciones de carácter legal o estatal a la disposición de los bienes por parte de los propietarios.

El escritor panameño, Antonio José de Irisarri, destacará el carácter humanitario del documento, que permite la redención de una paz deseada mediante el perdón y la inclusión del vencido. Sobre esto señala que:

³⁹ Testimonio del coronel Manuel Antonio López. En Rafael Ramón Castellanos. *Op. Cit.* p. 180.

⁴⁰ Capitulación de la Batalla de Ayacucho. *Ibidem.* p. 181.

⁴¹ *Ídem.*

⁴² *Ibidem.* p. 182.

«[...] Aquella capitulación ofrecida al virrey prisionero, desaraba los cuerpos que se hallaban repartidos en todo el país, los hacía rendirse sin tentar nuevas empresas, y daba en un día una paz que de otro modo tardaría algún tiempo en conseguirse [...]»⁴³.

La capitulación de Ayacucho tendrá efectos en lo sucesivo. El 22 de enero de 1826, servirá de modelo a la capitulación del último bastión realista que aún quedaba en Suramérica. Ese día se suscribe la capitulación de El Callao donde los soldados al mando del brigadier general José Ramón Rodil se rinden. Este documento será hecho a imagen y semejanza del suscrito en Ayacucho, con basamentos en los Tratados de Armisticio y Regularización de la Guerra.

1.8. RENDICIÓN DE LA PROVINCIA DE CHARCAS (BOLIVIA)

Luego de la victoria patriota en Ayacucho, Sucre y su ejército avanzan hacia las municipalidades de La Paz, Cochabamba, Chuquisaca y Potosí (conocidas como el Alto Perú) con el objetivo de consolidar la independencia de estas regiones mediante una negociación pacífica con la autoridad realista.

El Mariscal de Campo, Pedro Antonio Olañeta, máxima autoridad militar de la Corona española en la zona y quien comandaba un ejército de cinco mil hombres aproximadamente, se había pronunciado a favor de la independencia de estas municipalidades. Pero posteriormente se retractó. Ante una propuesta negociada de Sucre, anuncia que no está entre sus atribuciones negociar este tipo de acuerdos y rechaza la entrega de la zona bajo su comando.

El enviado de Sucre, el coronel Antonio Elizalde, logra concretar sólo un armisticio con Olañeta. Pero al final este documento no es ratificado por Sucre, el cual ordena el avance de diez mil soldados al encuentro con los realistas. En carta del 26 de enero de 1825 dirigida al Mariscal Olañeta, agota sus últimos recursos en función de una salida pacífica al conflicto, informándolo del pronunciamiento de Cochabamba a favor de la independencia y le ofrece su incorporación al ejército republicano «[...] *Ofrezco a V.S. otra vez la paz y reitero las promesas que antes le he hecho a favor suyo y de sus tropas* [...]»⁴⁴.

⁴³ Antonio José Irisarri, citado por Rafael Ramón Castellanos. *Ibidem*. p. 184.

⁴⁴ Carta de Antonio José de Sucre a Pedro Antonio Olañeta, del 26 de enero de 1825, citada por Rafael Ramón Castellanos. *Op. Cit.* p. 212.

Al no obtener respuesta, Sucre continúa el avance y el 9 de febrero arriba a la ciudad donde se encontraba Olañeta. Pero pocos días antes el Mariscal realista había abandonado la ciudad. Sucre decretó ese mismo día que dichas provincias quedaban bajo la soberanía de la máxima autoridad del Ejército Libertador, hasta que una Asamblea de Diputados local determinase si deseaba mantenerse dependiente de alguno de los nuevos Estados o ser independiente.

Esta decisión de Sucre, de convocar a una Asamblea de Diputados, al principio es rechazada duramente por Bolívar. Pero posteriormente, y luego de una amplia disertación y discusión entre ambos, Bolívar avala el polémico decreto de lo que será la futura Bolivia. Al respecto, señalará el escritor boliviano Juan Vidaurre:

« [...] Bolivia fue creada mediante la guerra, pero también por la diplomacia; ambos factores frecuentemente se conjugan. La guerra establece el orden nuevo con auxilio de la diplomacia. Esta con frecuencia se apoyó en la fuerza. La guerra de la independencia basada en imperativos y en doctrinas, fue orientada por hábiles manos diplomáticas e influenciada por factores de política nacional [...]»⁴⁵.

El reconocimiento de Bolivia implicará un proceso de varios meses de negociación con los otros nuevos Estados suramericanos, e incluso un impasse con el Imperio de Brasil que anexionó temporalmente a su territorio la municipalidad de Chiquitos. Pero al final, y luego de una labor diplomática pacífica y contundente, obtendrá su categoría de Estado Independiente.

La labor diplomática de Sucre finalizará las Conferencias en la Villa del Rosario de Cúcuta, para evitar pacíficamente la separación de Venezuela de la República de Colombia.

No obstante, su trabajo será infructuoso y el Protocolo suscrito por comisionados de Colombia y Venezuela, el 21 de abril de 1830, dejará abierta la puerta a la autodeterminación de cada uno de los Departamentos colombianos.

1.9. LAS CAPITULACIONES A GRUPOS GUERRILLEROS REALISTAS (VENEZUELA)

Después del fin de las grandes batallas en el continente, algunos grupos realistas quedaron activos mediante la lucha de guerrillas en Venezuela. Dos de los principales cabecillas fueron José Dionisio Cisneros y José Arizábalo y Orobio.

⁴⁵ *Ibídem.* p. 211.

El primero era un indio venezolano, que desde 1821 se había separado de las tropas regulares del ejército del Rey y organizado las suyas como grupo guerrillero. Siendo uno de los casos curiosos del conflicto venezolano, Cisneros era un caudillo que lideraba un grupo de algunas decenas de hombres venezolanos de los estamentos más bajos que, si bien vitoreaban a la figura de Fernando VII, actuaban más como bandoleros que como soldados al servicio de un partido.

El segundo, era español de origen y con la excusa de que era prófugo de España, Arizábalo y Orobio⁴⁶, pidió refugio en Venezuela. Arribó al puerto de la ciudad de La Guaira en 1826. Este militar, que estuvo bajo el mando de Tomás Morales en la Batalla del Lago de Maracaibo, tuvo que zarpar rumbo a Cuba producto de la capitulación realista del 4 de agosto de 1823, bajo el juramento de no volver a levantar las armas contra la República de Colombia. No obstante, al poco tiempo de su estadía, se interna en el centro del país y se relaciona con los guerrilleros más denotados, iniciando una incipiente reacción militar realista.

Ambos estuvieron errantes con sus hombres durante años, pero el debilitamiento del Imperio español y la incapacidad para apoyar la reacción, sentenció estos movimientos.

El día 18 de agosto de 1829, sin ninguna esperanza de éxito y luego de pasar muchas penurias, José Arizábalo y Orobio capitula ante el general republicano Lorenzo Bustillos, suscribiendo un documento que se inspira en el articulado del Tratado de Regularización de la Guerra y que señalaba lo siguiente en parte de su articulado:

«[...] Segundo: Respecto a que los jefes y oficiales de las referidas fuerzas de S.M.C. (excepto su comandante general) son naturales de estas provincias de Venezuela, se les explorará la voluntad [...] si les acomoda o no quedarse en el país juramentados, conservándoseles a los jefes y oficiales las consideraciones que merezcan por las graduaciones que a nombre del rey de España hayan recibido, o si prefieren trasladarse a país donde esté establecido el gobierno de S.M.C., [...], facilitándoles por cuenta del erario de la República los auxilios necesarios para embarcarse con sus familias [...].

Tercero: Todos los prisioneros que, pertenecientes a las tropas del mando del señor comandante general don José Arizábalo, se encuentren en cualquier punto de la república, serán puestos inmediatamente en libertad.

⁴⁶ En algunos textos aparece «Orovio».

Cuarto: A ningún individuo comprendido en esta capitulación podrá hacerse cargo ni responsabilidad alguno por anteriores comprometimientos, ni opiniones políticas que hayan tenido contra la república de Colombia, pues sea cual fuese la conducta que ellos hayan seguido en esta parte, se remitirá todo a un perpetuo olvido; y los que quedasen en el país obtendrán todo el favor y protección que les conceden las leyes, sin que sus personas ni propiedades sufran el más mínimo detrimento por las causales indicadas [...]»⁴⁷.

Merece detenerse en estos tres primeros artículos para resaltar los siguientes aspectos: reinserción en la vida nacional (o en algún territorio español) en libertad, libertad a los prisioneros de guerra, olvido perpetuo y protección igualitaria ante la ley. La palabra «perpetuo olvido» está presente en el artículo cuarto de la capitulación. La inclusión en la vida nacional va mucho más allá, y en el artículo quinto se les ofrece a los realistas la posibilidad de fundar algún pueblo bajo los auspicios y protección de la república, lo cual implica un gran voto de confianza por parte del gobierno republicano.

Asimismo, en el artículo sexto se ofrece amnistía a toda persona que haya apoyado o colaborado con la causa realista emprendida por Arizábalo y sus soldados, incluso la hacen extensiva a José Dionisio Cisneros y sus partidarios, los cuales aún no habían depuesto sus armas.

La capitulación de Cisneros llegará dos años más tarde, en 1831. El propio general Páez, ahora presidente de la República de Venezuela, será el encargado de suscribir el documento con el guerrillero. Bolívar y Sucre, habían muerto y Colombia se había disgregado.

Las acciones vandálicas y violentas pero fugaces y esporádicas llevadas a cabo por un grupo de hombres que acompañaban a Cisneros, era lo único que quedaba del ejército que «defendía» el régimen realista en Venezuela y estuvieron siempre alejadas del Tratado de Regularización de la Guerra de 1820, por estar dirigidas contra todo tipo de población y por no respetar los más mínimos derechos o la dignidad.

No obstante, el propio general Páez empleará el acercamiento progresivo como estrategia, incluso se convertirá en el compadre de Cisneros al bautizar a uno de sus hijos y darle una buena educación, el cual quedó cautivo en una operación armada de la Columna de Operaciones. Este nexo formado por el «compadrazgo»⁴⁸, se convertirá en una «mediación» entre

⁴⁷ Capitulación de José Arizábalo y Orobio con el general republicano Lorenzo Bustillos, citada por José Antonio Páez. *Op. Cit.* p. 399 - 400.

⁴⁸ Nexo que se establece entre dos personas cuando una de ellas bautiza en la religión católica al hijo del otro. Al igual que el matrimonio por la Iglesia, es un nexo familiar que se forma a partir de un ritual católico; en este caso el bautismo.

Cisneros y Páez para el inicio de conversaciones de paz directas para poner fin a las regulaciones violentas.

El 22 de noviembre de 1831, luego de hartos esfuerzos y de años de sugestión, el general Páez finalmente logra rendir a Cisneros no por la fuerza, sino por la persuasión; no por la violencia, sino mediante el diálogo. La capitulación reza así en parte de su articulado:

« [...] Considerando:

Primero, que el Congreso Constituyente decretó un indulto a favor del mencionado coronel y de los que le acompañan [...].

Cuarto, que el coronel Cisneros confiado de la buena fe del Gobierno observada en la capitulación que celebró don José María Arizáballo, se ha sometido a la Constitución y leyes de Venezuela desde el día 17 actual [...]»⁴⁹.

En un gesto de buena fe, el presidente Páez no sólo respaldó la aplicación de la amnistía a Cisneros, sino que le otorgó su espada como emblema de hermandad. Y como símbolo de confianza no sólo se le incorporaba al ejército republicano conservando su mismo grado, sino que se le designó a él y a sus tropas como custodios de los Valles del Tuy, la misma zona que durante años habían asolado.

Pero esta medida, a pesar de que llega con el compromiso firmado de someterse a la Constitución y las leyes, no vendrá de la mano de un cambio real en la conducta por parte de Cisneros. La reinserción de Cisneros no será exitosa pues éste, lejos de arrepentirse de las atrocidades que había cometido contra población civil, siguió cometiendo crímenes similares.

Finalmente, después de quince años, la tolerancia se agota en diciembre de 1846, cuando Cisneros incurre en un acto de insubordinación militar grave. Es apresado y, el 8 enero de 1847, es condenado a muerte por un Consejo de Guerra de la República de Venezuela, bajo los cargos de sedición, insubordinación, expoliación y sedición. El 13 de enero es ejecutado.

Entonces, a pesar de que la capitulación de Cisneros en 1831 se apega a los principios del Tratado de Regularización de la Guerra, no asegura la reinserción de este personaje. Fue una regulación pacífica pero, como casi todas las de la humanidad, imperfecta.

⁴⁹ Capitulación de Lagartijo, citada por Oscar Palacios Herrera: *Dionisio Cisneros, el último realista*. Colección Fuentes para la Historia Republicana de Venezuela. Tomo 45. Caracas: Academia Nacional de la Historia, Italgráfica S.R.L., 1989. p 223 - 224.

CONCLUSIONES

El Tratado de Regularización de la Guerra es el precursor del Derecho Internacional Humanitario. Su incidencia a nivel mundial no tiene precedentes en la historia moderna.

Si bien en principio, el Tratado busca regular el conflicto entre patriotas y realistas en territorio venezolano (donde la guerra había sido bastante cruenta), los actores involucrados firmantes son los gobiernos de Colombia y de España, de manera que en todos los ámbitos en los que estos se encontraron en un enfrentamiento bélico, el Tratado era vinculante.

Lo cierto es que en gran parte del territorio hispanoamericano de Suramérica, los ejércitos de ambos gobiernos se encontraron entre 1820 y 1830, fecha en que la República de Colombia se disuelve. Esto permitió la activación del articulado humanitario en los más simbólicos y determinantes encuentros bélicos.

Sin embargo, es fundamental señalar que la aplicación del instrumento no hubiese sido posible sin la voluntad de aquellos líderes que decidieron implementarlo. Sin lugar a dudas, la socialización de valores liberales por parte de la gran mayoría de los comandantes realistas y patriotas permitió que los enfrentamientos fuesen menos violentos, que se limitaran a los actores armados en batalla y que posterior a la finalización de los mismos se diera un trato humanitario y digno a los vencidos conducente a su reinserción y pacificación.

La aplicación del Tratado de Regularización de la Guerra permite que la resolución final del conflicto de la independencia de Venezuela, Ecuador, Perú y Bolivia sea menos violenta y que se abra adecuadamente paso hacia un proceso de paz y de reconciliación.

Asimismo, el Tratado de Regularización de la Guerra y las capitulaciones posteriores que se suscriben en el marco de la resolución de los conflictos por las independencias de países suramericanos, tendrán influencia directa en la redacción de los Convenios de Ginebra en 1864, en la creación de la Cruz Roja Internacional y la generación de documentos como la Carta de la Organización de los Estados Americanos. En el apartado de «Propósitos», de este último documento destaca el párrafo E, que señala que « [...] *Los Estados Americanos condenan la guerra de agresión: la victoria no da derechos [...]*»⁵⁰.

Finalmente, vale destacar la opinión del doctor José Jesús Cooz, en su obra *Armisticio*.

⁵⁰ Carta de la Organización de Estados Americanos. En Rafael Ramón Castellanos. *Op. Cit.* p. 344.

Regulación de la Guerra. Encuentro de Santa Ana, sobre el Tratado quien señala que:

«[...] Hoy el Tratado de Regularización de la Guerra aparece más filantrópico, más generoso, más justo. No resulta exagerado sostener que ahora pudiera servir como modelo y cartabón para atemperar tantas situaciones vergonzosas para la humanidad en lo que ellos comportan de lesivo a la moral y a los ideales principios reiteradamente

[...]»⁵¹.

⁵¹ José Jesús Cooz. *Ibídem*. p. 336 - 338.

NOTAS. COMENTARIOS

LA MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL POR LEY ORGÁNICA 5/2010, EN MATERIA DE CRÍMENES DE GUERRA UN PARADIGMA EN LA PROTECCIÓN PENAL DE LAS VÍCTIMAS DE LA GUERRA

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto
*General Consejero Togado, Director del Centro de Estudios de Derecho
Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española*

*...y el mar, espejo de mi corazón
las veces que me ha visto llorar
la **perfidia** de tu amor...¹*

SUMARIO

I. Introducción. II. Antecedentes de la incriminación en el Código penal español de los crímenes de guerra. III. La reforma del Código penal hecha por la LO 15/2003. IV. La propuesta de la Cruz Roja Española de 2007. V. La tramitación de la Ley Orgánica 5/2010. VI. Análisis de las modificaciones introducidas en el Código penal por la Ley Orgánica 5/2010, en materia de crímenes de guerra. VII. La imprescriptibilidad de los crímenes internacionales.

I. INTRODUCCIÓN

El Código penal español (LO 10/1995) ha sido extensamente modificado por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (BOE de 23/06/2010), que ha entrado en vigor el 23 de diciembre de 2010. Dentro de ésta profunda

¹ Dedicado al ilustre penalista que llegó antes al bolero que al art. 37 del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra.

reforma legislativa, debemos celebrar la relativa a los crímenes de guerra, objeto de este artículo, que ha supuesto una incriminación que podemos calificar de modélica de los delitos contenidos en el Libro II, Capítulo III del Título XXIV, es decir: los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado². Se han subsanado en buena parte las deficiencias y lagunas de la modificación llevada a cabo por la LO 15/2003 y se ha incorporado la incriminación de algunas conductas como la utilización de minas antipersonas o municiones en racimo. En esta ocasión, después de un largo proceso se ha recogido prácticamente la totalidad de la propuesta formulada por la Cruz Roja Española y preparada en el año 2007 por su Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario³.

Así, en el año 2007, la Presidencia de la Cruz Roja Española remitió al Excmo. Sr. Ministro de Justicia el «Borrador de un Anteproyecto de modificación del Código Penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado».

Durante el dilatado proceso de elaboración de la extensa modificación del Código Penal, aprobada finalmente por LO 5/2010, el Ministerio de Justicia fue enormemente receptivo a la propuesta de la Cruz Roja Española. En particular debemos destacar la sensibilidad de la Secretaria General Técnica en la incorporación de las aportaciones del Derecho Internacional Humanitario, que es de justicia personalizar en el Magistrado Rafael Alcalá Pérez-Flores siempre receptivo en la mejora de la protección penal de las víctimas de la guerra. Apoyo que se manifestó también por parte de la Fiscalía General del Estado y por el Consejo General del Poder Judicial durante la tramitación del Anteproyecto del Gobierno.

Finalmente, en el mes de noviembre de 2009, el Gobierno envió al Congreso de los Diputados el *Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal*.

Al ser conocido el Proyecto del Gobierno, la Cruz Roja Española reparó en que no contenía ninguna mención al uso de las municiones en racimo

² F. Pignatelli Meca, «Los crímenes de guerra en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código penal», en el libro *In Memoriam Gonzalo Jar Couselo* (en prensa)

³ Elaborada por una Ponencia constituida en el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española (CEDIH), con la siguiente composición: Dr. D. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, Director del CEDIH, Prof. Dr. D. Manuel Pérez González, Catedrático de Derecho Internacional Público de la UCM, Dr. D. Agustín Corrales Elizondo (+), Magistrado del Tribunal Supremo, Dr. D. Fernando Pignatelli Meca, Magistrado del Tribunal Supremo y D. Joaquín López Sánchez, Secretario del CEDIH. El texto de la Ponencia fue debatido en sesión plenaria de los Profesores del CEDIH y aprobado el día 23 de enero de 2007 y publicado en el n° 92 de la Revista Española de Derecho Militar.

(conforme al Convenio de Oslo de 2008) y, en este asunto, recibió un decidido apoyo del Ministerio de Defensa en orden a la incriminación de la utilización de las municiones en racimo, al haber depositado el Reino de España con fecha de 17 de junio de 2009 el instrumento de ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre municiones en racimo, Oslo, 30 de mayo de 2008.

Asimismo, durante la tramitación de la referida Ley Orgánica en el Congreso de los Diputados, los Grupos Parlamentarios Socialista, Popular y de Convergencia i Unió formularon a sugerencia de la Cruz Roja las correspondientes enmiendas que mejoraron el texto gubernamental, justamente en materia de la incriminación de las municiones en racimo y la protección penal del «Cristal Rojo», emblema previsto en el III Protocolo de 2005, Adicional a los Convenios de Ginebra.

II. ANTECEDENTES DE LA INCRIMINACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE LOS CRÍMENES DE GUERRA

La Cruz Roja Española remitió en junio de 1991 al Gobierno una propuesta, preparada por el CEDIH, para castigar los crímenes de guerra en el nuevo Código penal que entonces se elaboraba⁴. Así se incorporó al vigente Código penal de 1995 el capítulo «Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado» (artículos 608 a 614). Tal incriminación, pionera en el mundo occidental, ha servido de modelo a diversos países europeos⁵.

Sin embargo, a partir de julio de 2002 (fecha de entrada en vigor del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional) se hacía necesaria una reforma del citado capítulo del Código penal. Los nuevos crímenes internacionales que se castigan en el Estatuto de Roma (que los declara imprescriptibles), la protección que merece el personal de las Naciones Unidas en sus misiones pacíficas y humanitarias, la prohibición de armas inhumanas e indiscriminadas (como las armas biológicas, químicas o minas antipersonas), la protección reforzada de los bienes culturales o los derechos de los niños, para limitar o impedir su participación en los conflictos armados, suponen avances del Derecho Internacional Humanitario que deben ser recogidos en las normas penales.

⁴ *Propuesta de modificación del ordenamiento penal español, como consecuencia de la ratificación por España de los Protocolos de 1977 Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1977*, en Revista Española de Derecho Militar, n° 56-57 (julio-diciembre 1990 y enero-junio, 1991), pp. 693-845

⁵ F. Pignatelli Meca, «Los crímenes de guerra en la Ley Orgánica 5/2010...», ob. Cit.

En efecto, los nuevos desarrollos del Derecho Internacional que justificaban la propuesta se podían concretar en la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional (que aconsejaba la modificación de numerosas tipificaciones), la incriminación de la violación de suspensión de armas, armisticio, capitulación u otro convenio celebrado con la parte adversa, la requisita indebida o innecesaria de edificios o bienes muebles en territorio ocupado, la captura o destrucción de buque mercante o aeronave comercial con infracción de las normas sobre el derecho de captura o presa, la protección de los niños en los conflictos armados (Protocolo Facultativo de 25 de mayo de 2000), la protección reforzada de los bienes culturales (Protocolo II de 26 de marzo de 1999) y la protección al personal de las Naciones Unidas y personal asociado (Convenio de 9 de diciembre de 1994).

A todas estas menciones habría que añadir la obligación de incriminar determinadas conductas que podrían ser calificadas como actos preparatorios en relación con las armas bacteriológicas (biológicas) y toxínicas, armas químicas y minas antipersonas, consistentes en el desarrollo, producción, almacenamiento, adquisición, conservación, transferencia o vulneración de la obligación de destrucción de tales armas, consecuencia de la ratificación por España de la Convención de 10 de abril de 1972, sobre la prohibición del desarrollo, producción y almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y toxínicas y sobre su destrucción (ratificada por España por Instrumento de 1 de junio de 1979), de la Convención de 1993, sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción (ratificada por España por Instrumento de 3 de agosto de 1994) y de la Convención de 18 de septiembre de 1997 (Tratado de Ottawa) sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción (ratificada por España por Instrumento de 7 de enero de 1999).

Recogiendo todos estos criterios, nuevamente la Cruz Roja Española (asimismo a propuesta del CEDIH) remitió al Ministro de Justicia en fecha 26 de febrero de 2002 una *Propuesta de modificación del Código penal español, en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado*⁶. El Gobierno, sin embargo, no incorporó la propuesta al texto del Proyecto de Ley que fue enviado al Congreso.

⁶ Ver *Revista Española de Derecho Militar*, n° 78, julio-diciembre de 2001, pp. 87-128

III. LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL HECHA POR LA LEY ORGÁNICA 15/2003

En el año 2003 se aprobó una extensa modificación del Código penal de 1995, realizada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, con entrada en vigor el 1 de octubre de 2004. En particular resulta de interés la reforma del Título XXIV del libro II del Código penal («Delitos contra la comunidad internacional») y, más concretamente, la de su Capítulo III «De los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado»⁷.

Ahora bien, la reforma aporta extramuros de éste capítulo otros aspectos de gran importancia en la lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales, como la incorporación al Código penal de los «Delitos de lesa humanidad» (que integran un nuevo capítulo II bis del citado Título XXIV del libro II, artículo 607 bis). Y, en el mismo sentido, podríamos destacar las normas sobre imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y de guerra, así como de sus penas, la incriminación de los «delitos contra la Administración de Justicia de la Corte Penal Internacional» (artículo 471 bis), la regulación de la responsabilidad penal de los superiores (artículo 615 bis) o la exclusión de la aplicabilidad de la eximente de cumplimiento de un deber para los delitos de genocidio o crímenes de lesa humanidad (artículo 616 bis). Preceptos todos pretendidamente inspirados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Por otra parte, el Congreso aprobó por consenso (a iniciativa de Cruz Roja Española) cinco Enmiendas al Proyecto de Código penal, para proteger al personal de Naciones Unidas y personal asociado, incorporar como crímenes de guerra determinadas conductas ya incriminadas por el Estatuto de la Corte Penal Internacional (como la orden de no dar cuartel, la deportación ilegal, los asentamientos en territorio ocupado, los ataques a instalaciones o medios de transporte sanitarios o la violencia sobre el personal humanitario) o completar la defensa de los bienes culturales de especial relevancia, en caso de conflicto armado.

IV. LA PROPUESTA DE LA CRUZ ROJA ESPAÑOLA DE 2007

Debemos recordar que la sólida base de partida en el derecho penal español ha sido el texto del Código penal, aprobado por Ley Orgánica

⁷ J.L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «La reforma del Código penal español, por Ley Orgánica 15/2003: Un paso al frente en la «criminalización de la barbarie», en *Revista Española de Derecho Militar* nº 82, julio-diciembre de 2003, pp. 197-234.

10/1995, de 23 de noviembre, cuyo Capítulo III (*Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado*) del Título XXIV (*Delitos contra la Comunidad Internacional*), que contiene los artículos 608 a 614, fue aprobado en su día de acuerdo con el texto de una Propuesta articulada elaborada por el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española.

En el referido Capítulo III se definen, en primer lugar, las personas protegidas (artículo 608) y, seguidamente, se tipifican las violaciones del Derecho Internacional Humanitario cometidas por un sujeto activo indeterminado (*el que...*) en cualquier clase de conflictos armados, sean éstos de carácter internacional o no internacional (conflictos armados internos), finalizando con un tipo residual que sanciona las restantes infracciones (artículos 609 a 614).

A la vista de la insuficiencia de la LO 15/2003, de la ratificación por España del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre) y de su entrada en vigor el 1 de julio de 2002, así como de la ratificación de otros instrumentos de Derecho Internacional Humanitario como la Convención de 18 de septiembre de 1997 (Tratado de Ottawa) sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, la Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado de 9 de diciembre de 1994, el Segundo Protocolo de 26 de marzo de 1999 de la Convención de La Haya de 1954, sobre protección reforzada de los bienes culturales, el Protocolo Facultativo de 25 de mayo de 2000 de la Convención de 1989, sobre los derechos del niño, relativo a la participación de los niños en los conflictos armados y el Protocolo III de 8 de diciembre de 2005, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, resultaba muy conveniente la modificación de algunos aspectos concretos de las normas establecidas y conductas incriminadas en los citados artículos 608 a 614 del Código Penal. Al no ser necesario alterar básicamente los tipos previstos, la Cruz Roja española entendió que podía ser suficiente la modificación puntual o adición de los preceptos vigentes.

Como hemos visto, justamente éste fue el contenido del «Borrador de un Anteproyecto de modificación del Código Penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado» elaborado por la Cruz Roja Española⁸.

En el referido Borrador se proponían escasas modificaciones del articulado, a las que se añadían otras derivadas de diversas normas del Derecho

⁸ Publicado en la *Revista Española de Derecho Militar*, nº 92, julio-diciembre de 2008, pp. 273-300

Internacional de los Conflictos Armados, como del denominado Derecho de La Haya (Convenciones de 1899 y 1907), de la Convención de 10 de abril de 1972, sobre la prohibición del desarrollo, producción y almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y toxínicas y sobre su destrucción, de la Convención de 1993 sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción, así como de la Convención de 18 de septiembre de 1997 (Tratado de Ottawa) sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonas. Estas reformas, al tratarse de delitos que no necesariamente pueden cometerse en tiempo de conflicto armado, afectarían a los artículos 566 y 567 del Código penal (Título XXII, Capítulo V, Sección 1ª: «De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos»).

La propuesta no se agotaba en el propósito de modificar los mencionados Capítulo III del Título XXIV y Sección 1ª, Capítulo V del Título XXII del Código Penal, puesto que consideraba muy conveniente, a la vista de los *Principios Generales del Derecho Penal* establecidos en Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (artículos 22 a 33), incluir en el texto punitivo común determinadas normas de indudable trascendencia penal. Se proponía, en consecuencia, añadir en el Capítulo IV (*Disposiciones Comunes*) del Título XXIV (*Delitos contra la Comunidad Internacional*) el artículo 616 ter para acoger la regulación del artículo 33 del Estatuto de Roma.

Por otra parte, se daba nueva redacción al artículo 616 para evitar la imposición de penas privativas de derechos desproporcionadas para determinados delitos.

Y asimismo contenía la propuesta de modificación de los artículos 131 y 133 del Código Penal (Capítulo I del Título VII del Libro Primero) para declarar la imprescriptibilidad de los *delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614*, y de sus penas. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 del Estatuto de Roma.

En definitiva, como técnica legislativa, se proponía la aprobación de una Ley Orgánica de modificación parcial del Código Penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, cuya propuesta de texto articulado y Exposición de Motivos se acompañaba.

Consecuentemente, en Enero del año 2007, la Presidencia de la Cruz Roja Española remitió al Excmo. Sr. Ministro de Justicia el citado «Borrador de un Anteproyecto de modificación del Código Penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado».

V. LA TRAMITACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 5/2010

Después de una dilatada elaboración en el Ministerio de Justicia, donde se tuvo en cuenta la propuesta de Cruz Roja Española en materia de crímenes de guerra, se publicó el Anteproyecto de modificación del Código penal en noviembre de 2008. Aún debió transcurrir otro año para que este Anteproyecto recibiera los informes de la Fiscalía General del Estado, Consejo General del Poder Judicial y Consejo de Estado. El Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal, fue aprobado por el Consejo de Ministros el 13 de noviembre de 2009, remitido al Congreso de los Diputados y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (27 de noviembre de 2009).

Aunque el Proyecto recogía, casi en su total integridad la propuesta de la Cruz Roja Española⁹, el tiempo transcurrido (casi tres años) desde su formulación, aconsejó la proposición de algunas modificaciones en su articulado. Hay que tener en cuenta que la Cruz Roja Española es una institución humanitaria de interés público, auxiliar y colaboradora de las Administraciones Públicas, uno de cuyos fines es velar por el cumplimiento del Derecho Internacional Humanitario (art. 1 del R. Decreto 415/1996).

Así pues, el Centro de Estudios del Derecho Internacional Humanitario (CEDIH), perteneciente a la Cruz Roja Española, formuló algunas sugerencias y observaciones, concretamente las relativas a la incriminación del uso de municiones en racimo y a la protección del Tercer Emblema («Cristal Rojo») establecido de forma opcional en el III Protocolo de 2005, Adicional a los Convenios de Ginebra.

VI. ANÁLISIS DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN EL CÓDIGO PENAL POR LEY ORGÁNICA 5/2010, EN MATERIA DE CRÍMENES DE GUERRA

A. MODIFICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 566 Y 567 DEL CÓDIGO PENAL

1. La modificación según el Proyecto del Gobierno

Se trata de dos preceptos que se integran en la SECCIÓN 1ª (De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos) del CAPÍTULO V (De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o ex-

⁹ F. Pignatelli Meca, «Los crímenes de guerra en la Ley Orgánica 5/2010...», ob. Cit.

plosivos y de los delitos de terrorismo), dentro del TITULO XXII (Delitos contra el orden público)

La LO 5/2010, idéntica a la propuesta de la Cruz Roja Española, contiene la adición de un párrafo en el artículo 566 del Código penal dirigido a castigar determinadas conductas no abarcadas por los verbos típicos antes utilizados en el precepto (como la *no destrucción de las armas químicas, biológicas*) y la adición de la mención de las *minas antipersonas*. Se trata de acciones o armas prohibidas por Convenciones Internacionales de las que España es Parte y de que en algunos de éstos Instrumentos se establece la obligación de castigar penalmente tales conductas.

La acción típica consiste en adicionar al final del número 2 del artículo 566 la siguiente expresión: «... o no las destruyan con infracción de los tratados o convenios internacionales en los que España sea parte».

Asimismo se añade a los apartados 1º y 3º del número 1 y al número 2 del artículo 566, después de la expresión «*armas químicas o biológicas*», la mención a las «*minas antipersonas*».

La Convención de 10 de abril de 1972, sobre la prohibición del desarrollo, producción y almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción, ratificada por España el 1 de junio de 1979, establece en su artículo I el compromiso de no desarrollar, producir, almacenar o de otra forma adquirir o retener tales armas, destruirlas o desviarlas hacia fines pacíficos lo antes posible (artículo II), a no traspasarlas a nadie y a no ayudar, alentar o inducir a fabricarlas o adquirirlas (Artículo III). El artículo 160 del vigente Código Penal castiga la *utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana*, dentro de los *Delitos relativos a la manipulación genética*, dando una protección penal parcial en relación con este tipo de armas, que se completa con la tipificación de los artículos 566 y 567 del Código penal, modificados por Ley Orgánica 15/2003.

La Convención de 13 de enero de 1993 sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción, ratificada por España el 3 de agosto de 1994, determina en su artículo I que cada Estado Parte adquiere la obligación de no desarrollar, producir, adquirir de otro modo, almacenar, conservar ni transferir armas químicas, no emplearlas, no iniciar preparativos militares para su empleo, no ayudar, alentar o inducir a cualquier actividad prohibida y comprometerse a destruir las referidas armas químicas. Además, el artículo VII obliga a cada Estado Parte a promulgar leyes penales en relación con las actividades prohibidas por la Convención.

En relación con las armas químicas se promulgó en España la Ley 49/1999, de 20 de diciembre, sobre medidas de control, el Real Decreto 663/1997, sobre la Autoridad Nacional para la Prohibición de las Armas Químicas, y la Ley Orgánica 2/2000, de 7 de enero, de modificación del Código Penal en ésta materia y, concretamente, de los artículos 566 y 567, encuadrados en el Capítulo V, Sección 1ª, relativa a la *Tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos*.

La Convención de 18 de septiembre de 1997 (Tratado de Ottawa), sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonas y sobre su destrucción, ratificada por España el 7 de febrero de 1999, establece en su artículo 1 el compromiso para los Estados Partes de no emplear, desarrollar, producir, adquirir, almacenar, conservar o transferir minas antipersonal, no ayudar, estimular o inducir a estas actividades prohibidas y destruir o asegurar la destrucción de estas armas. En el artículo 9 (*Medidas de aplicación a nivel nacional*) los Estados Partes se obligan a adoptar las medidas legales, incluyendo la imposición de sanciones penales, para prevenir y reprimir cualquier actividad prohibida en la Convención.

En relación con las minas antipersonas se promulgó la Ley 33/1998, de 5 de octubre, de prohibición total de minas antipersonas y armas de efecto similar.

Es de destacar que no se incriminan todas las conductas prohibidas por las expresadas Convenciones en la modificación de los artículos 566 y 567 del Código penal. Otras conductas prohibidas no se incluyen en el precepto porque se trata de formas de participación (*ayudar, estimular o inducir*) que encuentran adecuado tratamiento en la parte general del Código Penal que regula la autoría y complicidad (artículos 28 y 29).

En el ámbito de la legislación comparada, el legislador penal belga (artículo 3 de la ley de 1993) incluyó el contenido de ésta norma en su legislación penal.

Por otra parte, se modifica de forma correlativa del artículo 567 del Código penal, con la adición en sus números 1 y 2, después de la expresión «*armas químicas o biológicas*», de las «*minas antipersonas*».

2. La incriminación de la utilización de las municiones en racimo

Con fecha 17 de junio de 2009, el Reino de España depositó el instrumento de ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre

municiones en racimo de 30 de mayo de 2008. En éste convenio, que ha entrado en vigor al haber sido ratificado por cuarenta y seis Estados (art. 17), se prohíbe el empleo, desarrollo, producción, adquisición, almacenamiento, conservación, ayuda, aliento o inducción a participar en una actividad prohibida por la Convención (art. 1) y destrucción o asegurar la destrucción (art. 3) de las mencionadas municiones en racimo, tal y como se definen en el artículo 2.2.

Por otra parte, el artículo 9 (*medidas de implementación a nivel nacional*) obliga a cada Estado Parte en la Convención a adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que procedan para implementarla, incluida la imposición de sanciones penales para prevenir y reprimir cualquier actividad prohibida a los Estados Parte conforme a la presente Convención que haya sido cometida por personas o en territorio bajo su jurisdicción o control.

En consecuencia, al ser los términos convencionales muy similares a los establecidos en el antes citado Tratado de Ottawa para las *minas anti-personal*, era necesario incriminar tales conductas respecto de las *municiones en racimo*, dando así cumplimiento a una obligación convencional asumida por el Reino de España al ratificar la Convención relativa a tales municiones.

La Cruz Roja Española no formuló esta propuesta en su día, puesto que todavía no había sido aprobada la Convención sobre las municiones en racimo de 30 de mayo de 2008, cuando formuló su propuesta de modificación del Código penal en el año de 2007.

En consecuencia, se propuso a los diversos Grupos Parlamentarios del Congreso de los Diputados la presentación de la correspondiente enmienda de adición al artículo Centésimo décimo quinto del Proyecto, que formularon en términos similares el Grupo Parlamentario Socialista (Enmienda nº 468), el Grupo Parlamentaria Popular (Enmienda nº 376) y el Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unió), Enmienda nº 198.

Fueron aprobadas estas enmiendas y, en consecuencia, la LO 5/2010 adicionó a los apartados 1º y 3º del número 1 y al número 2 del artículo 566, después de la expresión «*armas químicas o biológicas*», la mención de las «*minas antipersonas o municiones en racimo*».

Asimismo modificó el artículo 567 del Código penal, añadiendo a sus números 1 y 2, después de la expresión «*armas químicas o biológicas*», la expresión: «*minas antipersonas o municiones en racimo*».

B. MODIFICACIÓN DEL TÍTULO XXIV, CAPÍTULO III, DELITOS CONTRA LAS PERSONAS Y BIENES PROTEGIDOS EN CASO DE CONFLICTO ARMADO)

Artículo 611

Se han introducido por la LO 5/2010 dos modificaciones de éste precepto, derivadas ambas de la ratificación por España del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

a) Adición de un número 8º. La infracción de las garantías judiciales

Se adiciona un número 8º al artículo 611, para castigar a quien: «*Declare abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un Juez o Tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte adversa*». Esta conducta se corresponde con la incriminada en el artículo 8, número 2, apartado b), xiv) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. El fundamento de esta tipificación es el artículo 23, apartado h) de las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 y Reglamento Anexo sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, que hoy se considera derecho internacional consuetudinario.

Sus precedentes, entre otros, en la legislación comparada son el párrafo 9 (2) de la Sección 2 (crímenes de guerra) de la Ley alemana del Código Penal Internacional de 2002 y el párrafo 2, Sección 5, nº 5ª. e) de la Ley sobre crímenes internacionales de los Países Bajos.

b) Adición de un número 9º. La protección de la mujer y la incriminación de las violencias sexuales

La modificación del número 3º del artículo 612 del Código penal por Ley Orgánica 15/2003 consistió en eliminar del texto anteriormente vigente la frase «*prostitución inducida o forzada o cualquier forma de atentado a su pudor*». Realmente resulta poco comprensible esta reforma, no propuesta por Cruz Roja Española, a la vista del contenido de los Convenios de Ginebra y del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Desde luego, resultaba insuficiente la alusión final del precepto que se refiere a las violaciones de las prescripciones sobre protección especial de mujeres y niños establecidas en los tratados internacionales en los que España fuere parte. Hay que tener en cuenta que los atentados o violencias sexuales han merecido en el Estatuto de la Corte Penal Internacional la tipificación de estas

conductas como crimen de lesa humanidad en el artículo 7.1.g), y como crimen de guerra en el artículo 8.2, b), apartado xxii y d), apartado vi. A pesar del confesado propósito del legislador penal español de «coordinar nuestra legislación interna con las competencias de la Corte Penal Internacional» (Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 13/2003), no se tuvo en cuenta la propuesta concreta de incriminar las violencias sexuales como crímenes de guerra formulada por Cruz Roja Española para el artículo 612.

Ahora bien, la protección penal contra las violencias sexuales en tiempo de conflicto armado, que figura para situaciones de normalidad en el artículo 607 bis del Código penal como crimen de lesa humanidad, es un crimen de la mayor gravedad por lo que parece insuficiente la penalidad prevista en el artículo 612 (prisión de tres a siete años) y más adecuada la sanción que establece el artículo 611 (diez a quince), ambos del Código penal.

El nuevo número 9º incorporado por la LO 5/2010 se basa en el artículo 8, número 2, apartado b), xxii) para los conflictos armados internacionales y apartado e), vi) para los conflictos armados sin carácter internacional, ambos del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Se toma de estas normas el texto, con ligeros retoques para eliminar algunas expresiones hoy inadecuadas como *cualquier forma de atentado a su pudor*, que figuraban en el número 3º del artículo 612 del Código Penal. El texto aprobado y actualmente vigente incrimina a quien:

9º. «Atente contra la libertad sexual de una persona protegida cometiendo actos de violación, esclavitud sexual, prostitución inducida o forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de agresión sexual».

Como hemos expresado ya, no se entendía fácilmente la anterior preterición de tipos criminales del Estatuto de Roma, consolidados por abundante jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales de la ex Yugoslavia y Ruanda y que, paradójicamente, se castigan en el artículo 607 bis del Código penal como delitos de lesa humanidad. Tales crímenes se recogen puntualmente en el Código de Derecho Penal Internacional de Alemania (parágrafo 8, apartado (1), nº 4 de la Sección 2), en la Ley sobre Crímenes Internacionales de los Países Bajos dentro del parágrafo 2, sección 5, apartado 3, letras a) y b), y en el Proyecto de Ley Penal Especial de Argentina.

Artículo 612

Realmente era necesario introducir numerosas modificaciones en este extenso precepto, a la vista del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y de otros instrumentos convencionales como el Protocolo Facultativo de 25

de mayo de 2000 de la Convención de 1989, sobre los derechos del niño, relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, los Convenios de La Haya de 1899 y 1907, y la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y Personal Asociado de 1994. La modificación realizada por la Ley Orgánica 15/2003 pudo calificarse de insuficiente.

a) Adición de un párrafo al nº 3º. La protección de los niños en los conflictos armados

La LO 5/2010, idéntica en su redacción a la propuesta de la Cruz Roja Española, añade al final del número 3º del artículo 612 la siguiente frase: «...y, en particular, reclute o aliste a menores de 18 años o los utilice para participar directamente en las hostilidades.

Inicialmente la razón de ésta modificación nace del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que, en su artículo 8, número 2, apartado b), xxvi) para los conflictos armados internacionales y apartado e), vii) para los conflictos armados sin carácter internacional, arbitra una protección penal específica para los niños que participan en las hostilidades. Pero la modificación, en consonancia con la postura de la Delegación de España en la Conferencia Diplomática de Roma y con nuestra legislación interna (penal y administrativa), se basa en los artículos 1 y 2 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño, relativo a la participación de niños en los conflictos armados, de 25 de mayo de 2000, firmado y ratificado por España. Esta redacción lamentablemente no prosperó en la Ley Orgánica 15/2003 y el precepto quedó inalterado e insuficiente por lo que se refiere a la protección de los niños en los conflictos armados. La nueva redacción dada por LO 5/2010 ha subsanado esta laguna legal.

En el campo de la legislación comparada, la propuesta ha tenido en cuenta el parágrafo 8, apartado (1), número 5 de la Sección 2 de la Ley alemana del Código Penal Internacional y el parágrafo 2, sección 5, apartado 5, (r) de la Ley sobre Crímenes Internacionales de los Países Bajos. El Proyecto de Ley Penal Especial de Argentina también incrimina el reclutamiento, alistamiento o participación activa en las hostilidades de niños menores de 18 años.

b) Adición de un párrafo al nº 4. La protección del «Cristal Rojo»

La entrada en vigor del Protocolo III de 8 de diciembre de 2005, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la aprobación de un

signo distintivo adicional y su próxima ratificación por España, aconsejaba extender la protección penal de los signos distintivos de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, establecida en el número 4 del artículo 612 del Código penal, al emblema del Protocolo III, puesto que todos tienen el mismo estatus según el artículo 2 del citado Protocolo. En particular, el artículo 6 del Protocolo III dispone que las Partes Contratantes tomarán las medidas necesarias para reprimir todo empleo abusivo del mencionado signo, incluido el uso péfido.

Hay que destacar que la XXVIII Conferencia internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Ginebra, 20-21 de junio de 2006) adoptó la resolución de que el emblema del Protocolo III llevara el nombre de «Cristal Rojo».

En consecuencia, la Cruz Roja Española propuso a los diversos Grupos Parlamentarios del Congreso de los Diputados la presentación de la correspondiente enmienda de adición al artículo Centésimo trigésimo primero del Proyecto, que formularon en términos similares el Grupo Parlamentario Socialista (Enmienda nº 470) y el Grupo Parlamentaria Popular (Enmienda nº 379). Estas enmiendas fueron aprobadas en el Congreso de los Diputados y en el Senado.

Por todo ello, la LO 5/2010 adicionó al final del nº 4 del artículo 612 la siguiente frase:

«...y del Cristal Rojo.

c) La impunidad parcial de la perfidia en el Código penal español

En el número 4º del artículo 612 del Código penal, el Proyecto del Gobierno de 2009 suprimió la expresión «...o de modo péfido», que figuraba en el texto vigente del Código penal desde su redacción inicial de 1995. Y esta supresión se ha mantenido en la redacción vigente aprobada por LO 5/2010.

En la memoria elaborada por la Cruz Roja Española en 2007, aunque se proponía en el artículo 612-4º la adición de una mención al Protocolo III de 2005 (emblema del «Cristal Rojo»), no se suprimía la frase «...o de modo péfido», que figuraba como acción punible alternativa a la descrita como «Use indebidamente...» en el tipo penal.

La expresión «usar de modo péfido» describe una conducta que, aunque el término pueda resultar poco usual en el lenguaje corriente, está regulada con precisión en el moderno Derecho Internacional Humanitario. En efecto, la «perfidia» está expresamente definida en el artículo 37 del Proto-

colo I Adicional a los Convenios de Ginebra, ratificado por España, como: «*Constituirán perfidia los actos que, apelando a la buena fe de un adversario con intención de traicionarla, den a entender a éste que tiene derecho a la protección, o que está obligado a concederla, de conformidad con las normas de derecho internacional aplicable en los conflictos armados*».

A continuación el precepto ofrece algunos ejemplos de «perfidia» y la distingue de las «estratagemas», que no están prohibidas. Por otra parte, la utilización de la expresión «*perfidious use*», «*perfidy*» o «*perfidie*» es muy habitual en otros idiomas, así como en los textos legales de otros países occidentales.

El artículo 85.3. f) del mismo Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra, considera infracción grave «*Hacer uso pérfido, en violación del artículo 37, del signo distintivo de la cruz roja, de la media luna roja (o del «león o sol rojo»): Este emblema no se utiliza al haber adoptado Irán la Media Luna roja) o de otros signos protectores reconocidos por los Convenios o el presente Protocolo*».

Se trata por tanto de una expresión (el «uso pérfido») consolidada en el moderno Derecho Internacional Humanitario y su supresión del Código penal español, donde fue incorporada en el texto original de 1995, es de muy difícil explicación¹⁰ en los foros internacionales al significar un incumplimiento por España de las obligaciones contraídas al ratificar los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo I Adicional de 1977.

En efecto, conforme a los artículos 49 del I Convenio de Ginebra, artículo 50 del II Convenio, artículo 129 del III Convenio, artículo 146 del IV Convenio y artículo 85 del Protocolo I Adicional, el Reino de España se compromete a tomar las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las «infracciones graves» contra el presente Convenio y ampliadas en el Protocolo I Adicional. Y es evidente que el «uso pérfido» de los citados emblemas protectores está calificado como infracción grave en el artículo 85.3. f) del referido Protocolo.

Por esta razón se incluyó en su día, a propuesta de Cruz Roja Española, la expresión «*de modo pérfido*» en los apartados 4º, 5º y 6º del artículo 612 del Código Penal. Resulta, por otra parte, poco coherente que se suprima este término en el apartado 4º y se mantenga en los siguientes apartados 5º y 6º del mismo artículo 612.

¹⁰ F. Pignatelli Meca, con acierto, califica de «dislate» esta supresión («Los crímenes de guerra en la Ley Orgánica 5/2010...»), ob. Cit.

Finalmente, hay que lamentar que la conducta calificada como «*pérfida*» no es un inhabitual residuo histórico sino que se comete en demasiadas ocasiones en la actualidad, mediante el abuso de los emblemas protectores («*apelando a la buena fe de un adversario con intención de traicionarla*») y así ha sido calificado el uso del emblema del Comité Internacional de la Cruz Roja en alguna acción de liberación de personas secuestradas en el conflicto de Colombia.

d) Adición de un número 8°. Hacer padecer hambre a la población civil

La justificación de la modificación del precepto, mediante la adición de un nuevo número 8°, hay que buscarla asimismo en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, cuyo artículo 8, número 2, apartado b), xxv) para los conflictos armados internacionales, incrimina las conductas de provocar intencionadamente la inanición de la población civil como método de hacer la guerra y obstaculizar los suministros de socorro. No obstante, en la vigente redacción se ha preferido emplear la expresión *hacer padecer intencionadamente hambre* por ajustarse más exactamente a los términos del artículo 54 del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra y artículo 14 del Protocolo II Adicional de 1977. Así pues, la redacción aprobada por la LO 5/2010 es la siguiente:

8°. Haga padecer intencionadamente hambre a la población civil como método de guerra, privándola de los bienes indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar arbitrariamente los suministros de socorro, realizados de conformidad con los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales.

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

El artículo 69 del Protocolo I de 1977, establece la obligación de la potencia ocupante de asegurar, además, la provisión de ropa de vestir y cama, alojamientos de urgencia y otros bienes indispensables para la supervivencia y objetos de culto. Esta norma dispone también que las acciones de socorro en beneficio de la población civil en territorios ocupados (al amparo de los arts. 59, 60, 61, 62, 108, 109, 110 y 111 del IV Convenio de Ginebra y art. 71 del citado Protocolo I) serán llevadas a cabo sin retraso alguno.

La potencia ocupante, obligada por el DIH a aceptar las acciones de socorro a favor de la población civil (arts. 59 y 60 del IV Convenio de Gi-

nebra), debe autorizar el libre paso de la ayuda humanitaria y garantizar su protección. Tendrá, en todo caso, derecho a verificar los envíos, reglamentar su paso (itinerarios y horarios), pero no podrá denegar arbitrariamente el acceso humanitario.

Ahora bien, los envíos de socorro no eximirán a la potencia ocupante de su responsabilidad de conformidad con los artículos 55 (deber de abastecer), 56 (higiene y seguridad públicas) y 59 (aceptar las acciones de socorro) del IV Convenio de Ginebra.

El artículo 61 del mismo Convenio regula la distribución de los socorros enviados bajo el control de la Potencia protectora, del Comité Internacional de la Cruz Roja o de otro organismo humanitario e imparcial. El artículo 62 regula los envíos individuales de socorro, a reserva de imperiosas razones de seguridad.

El contenido de todas estas normas humanitarias fue recogido en la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Ginebra, 1995), donde se concluyó que si bien es cierto que ninguna organización humanitaria puede operar sin el consentimiento del Estado o parte afectada, ésta no puede rehusarla arbitrariamente y, por tanto, si la operación de socorro no es discriminatoria y la ayuda es imparcial, la Potencia ocupante está obligada a dar su consentimiento conforme a las citadas normas del IV Convenio de Ginebra.

Las consecuencias de la obstaculización arbitraria del acceso humanitario pueden tener alcance penal, constituyendo un crimen de guerra como establece el artículo 8.2.b) xxv del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Conducta que ha sido tipificada como delito en numerosas legislaciones penales nacionales.

Tal delito se tipifica en el párrafo 2, sección 5, apartado 5, letra (l) de la Ley sobre Crímenes Internacionales de los Países Bajos, en el párrafo 11, apartado (1), número 5 del Código de Derecho Penal Internacional de Alemania y en el Proyecto de Ley Penal Especial de Argentina.

e) Adición de un número 9º. Violación de convenios celebrados con la Parte adversa

Tampoco fue acogida en su momento por el legislador penal español la propuesta que ahora establece la LO 5/2010, añadiendo un nuevo párrafo con la siguiente redacción:

9º) Viole suspensión de armas, armisticio, capitulación u otro convenio celebrado con la Parte adversa.

El fundamento convencional de este delito se puede encontrar en los artículos 35 a 41 de los Reglamentos sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, anexos al II Convenio de La Haya de 1899 y al IV Convenio de 1907. Y en el campo del derecho comparado ha encontrado acogida en el párrafo 2, sección 5, apartado 6, letra (f) de la Ley sobre Crímenes Internacionales de los Países Bajos.

f) Adición de un número 10°. Protección de las misiones humanitarias

La LO 5/2010 añade un nuevo número 10° con la siguiente redacción:

Dirija intencionadamente ataques contra cualquier miembro del personal de las Naciones Unidas, personal asociado o participante en una misión de paz o de asistencia humanitaria, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a personas o bienes civiles, con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados, o les amenace con tal ataque para obligar a una persona natural o jurídica a realizar o abstenerse de realizar algún acto.

En el texto vigente se ha respetado inicialmente la estructura del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que incluye este crimen en el artículo 8, número 2, apartado b), iii) para los conflictos armados internacionales y en el apartado e), iii) para los conflictos armados sin carácter internacional.

Este precepto nació de una propuesta de España en la Conferencia Diplomática de Roma y tiene su fundamento convencional en el artículo 9 de la Convención de 9 de diciembre de 1994, sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, ratificada por España. Se incluyen también en el texto algunos elementos del citado artículo 9 de la Convención de 1994, como las alusiones a *cualquier miembro del personal de las Naciones Unidas o personal asociado* y la incriminación de *las amenazas de ataques*. Hay que tener en cuenta que los ataques a las instalaciones, material, unidades, residencia privada o vehículos se tipifican en el artículo 613 del Código penal.

Se ha entendido que el término *ataques* comprende los que se perpetren contra la integridad física o la libertad de las personas protegidas en este delito. En el supuesto de homicidio o grave peligro para la integridad de las víctimas sería de aplicación el artículo 609 del mismo Código Penal, dada la condición de *personas protegidas* de los sujetos pasivos del ataque, teniendo en cuenta que la pena allí prevista se impone *sin*

perjuicio de la pena que pueda corresponder por los resultados lesivos producidos.

Por otra parte, otras conductas previstas en el artículo 9 de la citada Convención de 1994, como la tentativa (apartado d), la complicidad o los actos de organización o dación de órdenes a terceros para la comisión de tal ataque (apartado e), quedan suficientemente incriminadas por la aplicación de la parte general del Código Penal que regula la participación a título de autor (por medio de otro, por inducción o cooperación necesaria) o de cómplice (artículos 28 y 29) y la tentativa (artículo 16).

En el campo de la legislación comparada se incrimina esta conducta en el parágrafo 10, apartado 1 de la Ley alemana de Código Penal Internacional y en la sección 5, apartado 5, letra (o) de la Ley sobre crímenes Internacionales de los Países Bajos.

Artículo 613

a) La protección reforzada de los bienes culturales o lugares de culto

La modificación de mayor envergadura que actualmente aparece en éste artículo consiste en la nueva redacción de su número 1 para recoger, al lado de las conductas que implicaban violaciones del Convenio de La Haya de 1954 sobre protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y del artículo 53 del Protocolo I de 1977 Adicional a los Convenios de Ginebra, la protección penal establecida en el Segundo Protocolo de la citada Convención de La Haya, adoptado el 26 de marzo de 1999, ratificado por España el 6 de julio de 2001.

La protección reforzada que se determina en tal Protocolo se refleja al incriminar en el artículo 613 del Código penal la apropiación a gran escala, robo, saqueo, utilización indebida o actos de vandalismo contra los bienes culturales o lugares de culto protegidos o su utilización en apoyo de acciones militares.

El fundamento convencional de la modificación hay que buscarlo en los artículos 10 a 14 y, particularmente, 15 del citado Segundo Protocolo de 1999, que establece la obligación de cada Estado Parte de tipificar como delitos las infracciones indicadas y sancionarlas con penas adecuadas. Norma que viene a completar la obligación dimanante del artículo 28 del Convenio de La Haya de 1954 y artículo 85, número 4, apartado d) del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra.

b) La incriminación de la requisita ilegal

La modificación del Código penal contiene un nuevo apartado h) en su número 1 para castigar como delito al que:

h) Requite, indebida o innecesariamente, bienes muebles o inmuebles en territorio ocupado o capture o destruya buque o aeronave no militares, y su carga, de una parte adversa o neutral, con infracción de las normas internacionales aplicables a los conflictos armados en la mar.

Se trata de un precepto que resulta necesario para incriminar estas conductas con carácter general y evitar una laguna legal (Artículo 52 del Reglamento sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra, Anexo al II Convenio de La Haya de 1899 y al IV Convenio de La Haya de 1907, así como Convenio XI de La Haya de 1907 sobre ciertas restricciones en cuanto al ejercicio del derecho de captura en la guerra marítima).

c) La propuesta de reestructuración global del precepto

Al considerarse necesaria la revisión global del precepto, la LO 5/2010 lo modificó dándole la siguiente redacción:

Artículo 613

1. Será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años el que, con ocasión de un conflicto armado, realice u ordene realizar alguna de las siguientes acciones:

a) Ataque o haga objeto de represalias o actos de hostilidad contra bienes culturales o lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, siempre que tales bienes o lugares no estén situados en la inmediata proximidad de un objetivo militar o no sean utilizados en apoyo del esfuerzo militar del adversario y estén debidamente señalizados;

b) Use indebidamente los bienes culturales o lugares de culto referidos en el apartado a) en apoyo de una acción militar;

Comentario

Se establece la tutela penal de los bienes culturales o lugares de culto bajo protección general, extrayendo del texto cualquier referencia a aquellos a los que se haya conferido protección en virtud de acuerdos especiales o colocados bajo protección reforzada, remitiendo la tuición cualificada de

los mismos al párrafo primero del número 2, junto con los bienes culturales bajo protección especial.

El sistema de protección reforzada articulado por el Segundo Protocolo de 26 de marzo de 1999 tiene carácter primordial o preferente respecto al de protección especial que, no obstante queda plenamente vigente, según el artículo 4 del citado Protocolo.

c) Se apropie a gran escala, robe, saquee o realice actos de vandalismo contra los bienes culturales o lugares de culto referidos en el apartado a);

Comentario

Con la introducción de este apartado se tipifican cuatro de las cinco acciones previstas en el artículo 15.1 e) del Segundo Protocolo de 1999. El uso indebido se ha incriminado en el anterior apartado b) de este artículo.

d) Ataque o haga objeto de represalias... (Continúa la misma redacción del anterior apartado b) del número 1 del artículo 613, que permanece inalterado).

e) Ataque, destruya, sustraiga... (Continúa la misma redacción del anterior apartado c) del número 1 del artículo 613, que no ha sido modificado).

f) Ataque o haga objeto de represalias... (Continúa la misma redacción del anterior apartado d) del número 1 del artículo 613).

g) Destruya, dañe o se apodere... (Continúa la misma redacción del anterior apartado e) del número 1 del artículo 613).

h) Requite, indebida o innecesariamente, bienes muebles o inmuebles en territorio ocupado o destruya buque o aeronave no militares, y su carga, de una parte adversa o neutral, o los capture, con infracción de las normas internacionales aplicables a los conflictos armados en la mar;

Comentario

El fundamento convencional de este crimen se puede encontrar en el artículo 52 del Reglamento sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, anexo a la II Convención de La Haya de 1899 y a la IV Convención de La Haya de 1907 (requisas), así como en la XI Convención de La Haya de 1907 sobre ciertas restricciones en cuanto al ejercicio del derecho de captura en la guerra marítima.

i) Ataque o realice actos de hostilidad contra las instalaciones, material, unidades, residencia privada o vehículos de cualquier miembro del personal referido en el párrafo 10º del artículo 612 o amenace con tales ataques o actos de hostilidad para obligar a una persona natural o jurídica a realizar o abstenerse de realizar algún acto.

Comentario

Se extrae del contenido del artículo 612. 10º, ya comentado, la referencia a *instalaciones, material, unidades, residencia privada o vehículos,*

para residenciar en este artículo 613 todo lo atinente a la protección de bienes, por cuestiones de sistemática.

2. Cuando el ataque, la represalia, el acto de hostilidad o la utilización indebida tengan por objeto bienes culturales o lugares de culto bajo protección especial o a los que se haya conferido protección en virtud de acuerdos especiales o bienes culturales inmuebles o lugares de culto bajo protección reforzada o sus alrededores inmediatos, se podrá imponer la pena superior en grado.

Comentario

Se castigan con pena agravada las actuaciones tipificadas en el artículo 15.1. a) y b) del Segundo Protocolo de 1999, ya citado.

En los demás supuestos previstos en el número anterior de éste artículo, se podrá imponer la pena superior en grado cuando se causen destrucciones extensas e importantes en los bienes, obras o instalaciones sobre los que recaigan o en los supuestos de extrema gravedad.

Comentario

Se recoge y amplía la agravación prevista en el texto anterior del artículo 613 del Código penal.

Artículo 614

La principal modificación que se introduce en éste artículo, calificado como tipo general o residual con la estructura propia de una ley penal en blanco o tipo abierto, consiste en la adición de la expresión «*o regulación de medios o métodos de combate*». Asimismo se altera el tiempo de los verbos «realizar» (realice en lugar de «realizare») y «ordenar (*ordene* en lugar de «ordenare»)), por coherencia con demás tiempos verbales empleados en el Capítulo.

El fundamento de la adición reside en la conveniencia de incriminar determinadas infracciones no tipificadas en el artículo 610, que supongan violaciones de los Convenios Internacionales que regulan los medios o métodos de combate, como las ya citadas Convención de 1972, sobre armas bacteriológicas, la Convención de 1993, sobre armas químicas, o la Convención de 1997, sobre minas antipersonas. Sin descartar otras infracciones (distintas del empleo de ciertas armas) de la Convención de 1980 sobre armas convencionales de efectos excesivos o indiscriminados, con sus cinco Protocolos y el Protocolo enmendado de 1996 o violaciones (distintas del empleo) del Convenio de 1976, sobre técnicas de modificación ambiental, todos ellos ratificados por España. En estos supuestos la

redacción anterior ofrecía algunas dificultades para abarcar estas infracciones al referirse el artículo 614, en su anterior redacción, únicamente a los Tratados Internacionales sobre la conducción de las hostilidades.

Son ejemplos de estas incriminaciones en la legislación comparada, el párrafo 2, sección 7, apartado (1) de la Ley sobre Crímenes Internacionales de los Países Bajos y el párrafo 11 (métodos de guerra) y 12 (medios de guerra) de la sección 2 de la Ley alemana de Código Penal Internacional.

Artículo 616

A la vista del contenido de los artículos 614 y 615 bis, éste último adicionado por la Ley Orgánica 15/2003, se consideró necesario reformar la imposición automática de las penas privativas de derechos de inhabilitación absoluta y especial (previstas para todos los delitos tipificados en el Título), que parecen desproporcionadas para determinadas conductas allí incriminadas, teniendo en cuenta que se establecen además de las penas privativas de libertad previstas para cada delito. Hay que tener en cuenta que el artículo 614 es un tipo residual castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, que incrimina «cualesquiera otras infracciones o actos contrarios».

Por otra parte, el artículo 615 bis en su número 2 sanciona un supuesto de imprudencia grave, conducta que no parece que deba castigarse –además de la pena privativa de libertad– con la inhabilitación absoluta o especial, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 616 del Código penal.

Finalmente, el número 6 del artículo 615 bis determinaba como sanción única para el funcionario o autoridad que cometa el delito que tipifica la pena de *inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años*. Por tanto era una imperfección técnica del Código que, al propio tiempo, el artículo 616 impusiera –además– y para el mismo sujeto activo la pena de inhabilitación absoluta.

En consecuencia, la LO 5/2010 modifica el artículo 616 con la siguiente redacción:

Artículo 616. En el caso de cometerse cualquiera de los delitos comprendidos en este Título, excepto los previstos en el artículo 614 y en los números 2 y 6 del 615 bis, y en el Título anterior por una autoridad o funcionario público, se le impondrá, además de las penas señaladas en ellos, la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años; si fuese un particular, los Jueces y Tribunales podrán imponerle la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a diez años.

VII. LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES

LIBRO PRIMERO DEL CÓDIGO PENAL (DISPOSICIONES GENERALES)

Título VII. De la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos

Capítulo I. De las causas que extinguen la responsabilidad criminal

Artículo 131

La reforma del artículo 131. 4 del Código penal por la Ley Orgánica 15/2003 consistió en declarar que los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, no prescribirán en ningún caso.

La modificación que proponía el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española, de acuerdo con el artículo 29 (*Imprescriptibilidad*) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, añadía al número 4 del artículo 131 (que aludía sólo al genocidio en la redacción anterior) que no prescribirán en ningún caso *los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, previstos en el capítulo III del Título XXIV del Libro II de éste Código, salvo los castigados en el artículo 614* (el subrayado es nuestro). El legislador penal español eliminó esta última frase.

Sin embargo, la excepción resulta plenamente justificada dada la menor gravedad de las conductas incriminadas en el tipo general residual del artículo 614, que castiga actos contrarios y simples infracciones que no alcanzan la entidad de los llamados crímenes de guerra o infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario, a los que se refiere la imprescriptibilidad establecida en el Estatuto de Roma.

La LO 5/2010 acoge esta argumentación y modifica el número 4 del artículo 131 del Código penal con la siguiente redacción:

4. Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso.

Artículo 133

Una modificación idéntica a la propuesta para la imprescriptibilidad de los delitos y con el mismo fundamento, se estableció por la LO 15/2003 en el artículo 133.2, disponiendo que tampoco las penas prescribirán en ningún caso, con la siguiente redacción: «*Las penas impuestas por los delitos*

de lesa humanidad y de genocidio y por los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, no prescribirán en ningún caso.

También en el caso de las penas, la propuesta de la Cruz Roja Española añadía la siguiente frase: «*salvo los castigados en el artículo 614*». Para justificar esta excepción son válidos los argumentos expuestos al fundamentar la modificación del artículo 131 del Código Penal, en materia de prescripción de los delitos.

También la LO 5/2010 compartió estas reflexiones y modificó el número 2 del artículo 133 del Código penal con la siguiente redacción:

2 Las penas impuestas por los delitos de lesa humanidad y de genocidio y por los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso.

APUNTES SOBRE LA EXENCIÓN POR OBEDIENCIA JERÁRQUICA EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR

Francisco Javier Hernández Suárez Llanos

Capitán Auditor

Doctor en Derecho con mención de «Doctor europeo»

SUMARIO

1. Marco normativo básico. 2. Consecuencias de la supresión de la eximente autónoma en el código penal de 1995. 3. Esquema de la exención por obediencia jerárquica en el código penal militar. 3.1. La obediencia debida. 3.1.2. La orden militar vinculante 3.1.3Efectos de la obediencia debida. 3.2. La obediencia excusable. 3.2.1. Naturaleza jurídica y fundamento de la eximente del último inciso del artículo 21 del Código penal militar. 3.2.1.1. La cuestión en el Derecho positivo, en la Jurisprudencia y en la doctrina. 3.2.1.2. Toma de postura. 3.2.2. Formulación de la eximente del último inciso del artículo 21 del Código penal militar. a.1. «No se estimará ni como eximente ni como atenuante». a.2. «Actos que manifestamente sean [...]». a.3. «Usos de la guerra». a.4. «En particular contra la Constitución». 3.2.3. Efectos de la eximente del último inciso del artículo 21 del Código penal militar. 4. Recapitulación.

Cuando el superior jerárquico ordena al subordinado la comisión de delitos, entran en colisión dos deberes: el deber jurídico de obedecer y el deber jurídico de no cometer delitos.

Esta antinomia jurídica, que se resuelve en aquellos ordenamientos que tratan de la responsabilidad penal derivada de los actos ilícitos cometidos en obediencia a los superiores, resulta un tema vivo y de interés multidisciplinar ya que se debate de forma intensa en diferentes ámbitos jurídicos como el Derecho común, militar, internacional, etc. Basta con mirar la supresión de la eximente autónoma en el Código penal de 1995 después de

casi 200 años de pervivencia, al debate sobre la oportunidad de extender tal supresión al Código penal militar, o al Estatuto de Roma que aparentemente rompe con la línea tradicionalmente seguida en el Derecho internacional desde Núremberg.

Sin embargo, entre los diferentes ordenamientos que tratan la cuestión, el Derecho militar se erige en es el medio más singular de la exención por obediencia jerárquica, cuya regulación da cuenta principalmente la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código penal militar.

Dicho lo anterior, este trabajo se propone la tarea de contestar a algunos interrogantes que plantea la actual regulación de la responsabilidad penal derivada de los actos ilícitos cometidos en obediencia a las órdenes o mandatos de los superiores en nuestro vigente Código penal militar.

1. MARCO NORMATIVO BÁSICO

Aunque la exención por obediencia jerárquica militar se articula a través de una pluralidad de normas¹, el marco normativo básico sigue siendo el Código penal militar del que cabe destacar las siguientes previsiones normativas:

1. El primer inciso del artículo 21, recoge una cláusula general de remisión a las eximentes del Código penal común al señalar: «Serán de aplicación las causas eximentes de la responsabilidad criminal previstas en el Código Penal. [...]»².

2. El segundo inciso del artículo 21, formula la eximente autónoma de obediencia militar: «[...] No se estimará como eximente ni atenuante el obrar en virtud de obediencia a aquella orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes o usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución».

3. El artículo 102 tipifica el delito de desobediencia militar, marco natural del desarrollo de la obediencia debida como se verá: «El militar que

¹ En este sentido, además de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código penal militar, cabe mencionar a título de ejemplo la Constitución Española, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la Ley Orgánica 8/1998 de 2 de diciembre de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, la Ley 17/1989 de 19 de julio Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, la Ley 39/2007 de 19 de noviembre de la carrera militar, el Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas o el Real Decreto 711/2010, de 28 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de especialidades fundamentales de las Fuerzas Armadas.

² Cláusula que no es novedad en nuestro Derecho militar si atendemos al Código de Justicia Militar de 1890 que únicamente hacía en su artículo 172 una remisión a las previstas en el Código penal común, significando: «Apreciación como causas de exención de responsabilidad criminal, las que, en cada caso, juzguen pertinentes del Código Penal ordinario»

se negare a obedecer o no cumpliere las órdenes legítimas de sus superiores relativas al servicio que le corresponde será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. [...]».

Asimismo el artículo 9 del Código penal común³, aprobado mediante Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, da entrada en el ámbito militar a distintos preceptos penales que pueden jugar un papel en el problema de la obediencia en las relaciones jerárquicas de subordinación, como las eximentes de estado de necesidad o de miedo insuperable del artículo 20.5 y del 20.6, las reglas del error del artículo 14 y en especial la eximente de cumplimiento de un deber del artículo 20.7, clave, como se verá en el problema de la obediencia cuando se obedece una orden vinculante.

2. CONSECUENCIAS DE LA SUPRESIÓN DE LA EXIMENTE AUTÓNOMA EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995

Fijado el marco normativo básico de la eximente por obediencia jerárquica militar, y teniendo en cuenta que el Código penal común, es un cuerpo normativo del que el Código penal militar es régimen especial con el que comparte la misma dogmática y principios, cabe preguntarse si, desaparecida la eximente de obediencia autónoma en el Código penal común, la eximente por obediencia del último inciso del artículo 21 del Código penal militar resulta ya asonante y de conveniente erradicación⁴.

³ «Las disposiciones de este Título se aplicarán a los delitos y faltas que se hallen penados por leyes especiales. Las restantes disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en lo no previsto expresamente por aquéllas».

⁴ Para PIGNATELLI Y MECA el artículo 21 resulta innecesario y además, es una mimética reproducción del deficiente texto del artículo 34 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas: «[...] que no es dechado de perfección desde el punto de vista técnico-jurídico» y por la redundancia del tenor de la previsión del artículo 21 ya que los actos contrarios al Derecho de Guerra también son delitos, lo mismo que el inciso de *en particular contra la Constitución*: «El código penal militar: Perspectivas de «Lege Ferenda»», El derecho penal y procesal militar ante la reforma de las normas comunes, *Consejo General del Poder Judicial, Estudios de Derecho Judicial*, Nº. 5, Madrid, 1996, p. 121. Asimismo, PÉREZ DEL VALLE, afirma que como fórmula sustitutiva al artículo 21 del Código penal militar podría resultar el error de prohibición, lo que evitaría en gran medida las dificultades que entraña la redacción de dicho precepto. PÉREZ DEL VALLE, C., «La desaparición de la obediencia debida en el Código penal y su efecto en el Derecho penal militar», *El derecho penal y procesal militar ante la reforma de las normas comunes, Consejo General del Poder Judicial, E.D.J.*, Nº 5, Madrid, 1996. Para RODRÍGUEZ-VILLASANTE, la eximente hoy en el Derecho militar es de dudosa vigencia, abogando por el tratamiento del error en sede militar para los casos tradicionalmente considerados de obediencia debida. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., «El Código penal militar en el sistema penal español. Principio de especialidad y concurso de leyes», *El derecho penal y procesal*

Para responder a esta pregunta hay que averiguar si la cuestión de la obediencia jerárquica tiene militarmente más o menos interés como especialidad propia. Y a ello parece apuntar el que la obediencia en el Derecho militar se proteja con más ímpetu que en el Derecho común⁵ habiendo sujetado la jerarquía militar al subordinado de forma extrema ya desde la antigüedad. JIMÉNEZ DE ASÚA⁶ recuerda como ya en el Derecho romano la infracción de los deberes de obediencia militares por parte del subordinado se penaba casi siempre con la muerte. Y también hoy la grave punición del delito de desobediencia previsto y penado en el artículo 102 del Código Penal Militar español⁷ —de tres meses y un día a dos años de prisión, pena que se eleva incluso hasta seis años si la orden desobedecida se dicta en relación al servicio—, contrasta con la del artículo 410 del Código Penal Común —pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años—.

Esta diferente punición guarda relación con los específicos bienes jurídicos que cada tipo penal busca proteger.

ÁLVAREZ GARCÍA⁸ defiende que el bien jurídico protegido en el delito de desobediencia del artículo 410⁹ del Código Penal es el principio de jerarquía, pero no el principio de jerarquía en sí mismo, sino un concepto de principio de jerarquía funcional o medial donde lo que prima es que reforzando esta jerarquía se atiende a la consecución de los intereses generales. CARBONELL MATEU¹⁰, va más allá, al señalar: «El «Deber de obediencia» está precisamente en función del servicio que la Administra-

militar ante la reforma de las normas comunes, *Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial*, N° 5, Madrid, 1996, p. 55.

⁵ ALIMENA, B., *Principios de Derecho Penal*. Tomo I, Volumen II, Traducido por CUELLO CALÓN, E., Librería General de Victorino Suárez, Madrid, 1915, p. 128.

⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, Tomo VI: «La culpabilidad y su exclusión», Losada S. A., Buenos Aires, 1962, p. 837.

⁷ Protección penal que se refuerza si tenemos en cuenta que la desobediencia colectiva se considera sedición —artículo 91 del Código penal militar— y se castiga con penas aún más duras que las reservadas a la desobediencia. La distinta severidad de las penas entre un ámbito y otro fue advertida por JIMÉNEZ DE ASÚA en relación a los textos penales recogidos en el Código de Justicia de 17 de julio de 1945 y el del Código penal común de 1944. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, ob. cit., p. 847.

⁸ ÁLVAREZ GARCÍA, J., *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, BOSCH, 1987, ps. 223 y 236.

⁹ «1. Las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en la pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años».

¹⁰ CARBONELL MATEU, J. C., *Comentarios al Código penal de 1995*, Volumen I Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, p. 188.

ción presta. Y éste lejos de ser un concepto vago, aparece explicitado con rotunda claridad en el artículo 103 de la Constitución Española: [...]. A partir de aquí, no resulta complicado atisbar el bien jurídico protegido por la tipificación del delito de desobediencia: éste no puede ser otro más que el correcto servicio de la Administración a los intereses generales de acuerdo con los citados principios, especialmente el de jerarquía, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho».

En cuanto al delito de desobediencia militar del artículo 102 del Código penal militar, se ha señalado que el bien jurídico protegido es la disciplina¹¹. Sin embargo, la disciplina es un bien jurídico instrumental, ya que lo que finalmente pretende proteger este artículo 102 es el adecuado funcionamiento de los Ejércitos y de la Administración militar para que pueda cumplir las funciones que le asigna el artículo 8 de la Constitución Española a las Fuerzas Armadas mediante el refuerzo del principio de jerarquía. LÓPEZ SÁNCHEZ¹² señala que en el delito de desobediencia militar se podría decir que el bien jurídico protegido es el orden público militar, «considerado como el correcto funcionamiento de la organización militar ordenada a sus fines, uno de cuyos elementos es el ejercicio de la autoridad o de la acción de mando por el superior jerárquico en el ejercicio de sus funciones específicas, encuadradas dentro de la función militar, que es garantizado, como venimos diciendo, con el correcto desarrollo de la función relación jerárquica-disciplina disciplina en sentido estricto».

En definitiva el bien jurídico protegido en el delito de desobediencia militar es el principio de jerarquía que atiende a la consecución de los intereses generales que ha de gestionar la Administración militar que no son otros que las misiones constitucionales que tienen asignadas las Fuerzas Armadas, de garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional¹³.

¹¹ CALDERÓN SUSIN, E., *Comentarios al Código penal militar*, Civitas, S. A., Madrid, 1988, p. 102. En este punto, cabe aludir a la sala 5ª del Tribunal Supremo que define la disciplina en su Sentencia de 1 de octubre de 1990 como «un conjunto de normas específicas de comportamiento que tutelan los derechos y deberes de cada miembro de los ejércitos» [...] «y son parte integrante de un estatuto profesional; la disciplina es así, pues, una exigencia estructural que garantiza el estricto cumplimiento de las órdenes del mando y que ha de ejercitarse de una forma eficaz e interrumpida en cuyas exigencias radica la *ratio legis* del Derecho disciplinario que naturalmente debe comparecerse con los principios constitucionales y ajustarse a sus mandatos».

¹² LÓPEZ SÁNCHEZ, J.: *Protección penal de la disciplina militar*, DYKINSON, Madrid, 2007, p. 155.

¹³ Para CASADO URBANO estas misiones buscan la inmunidad de toda agresión exterior que pueda anular nuestra capacidad de decisión política y en el mantenimiento incólume del territorio nacional y en la salvaguardia del orden jurídico-político frente a aquellas

En la consecución de estas misiones, el subordinado militar queda más sujeto al principio de jerarquía que el subordinado civil¹⁴ ya que la disciplina resulta vital para que las Fuerzas Armadas puedan cumplir adecuadamente las funciones que le asigna el artículo 8 de la Constitución Española. MUÑIZ VEGA comenta: «[...] Naturalmente que en las Fuerzas Armadas estructuradas con una acentuada jerarquización, tal deber de obediencia se impone en grados muchos más intensos que en cualquier otro grupo social, donde la disciplina, que garantiza la cohesión del mismo, no impera con tanto rigor»¹⁵. La obediencia militar es más rigurosa que en el Derecho común ya que un derecho ilimitado de examen, como señala LABAND¹⁶, conduciría en los Ejércitos, a la anarquía e indisciplina y en consecuencia su capacidad combativa resultaría nula y por ello, quedarían imposibilitados de cumplir las misiones asignadas por el Ordenamiento jurídico, y según HELMUTH MAYER¹⁷ contraproducente pues, «en la guerra sería más peligrosa una soldadesca sin freno que el abuso de poder del mando».

Todo ello ha llevado al legislador a castigar más duramente la desobediencia en el artículo 102 del Código penal militar que en el artículo 410 del Código penal común y a que en el ámbito militar la protección de la disciplina se extreme mediante formas de coerción directa no permitidas en el ámbito civil que llevan a reforzar la férrea jerarquía que severamente sujeta al subordinado frente a las órdenes del superior¹⁸.

Desde esta óptica, la mayor dureza del castigo en la desobediencia demanda mayor indulgencia en las consecuencias de la obediencia a órdenes ilegales, propiciando una regulación especial de obediencia eximente en el

agresiones internas de quienes, por vía de la subversión y la violencia pretendieran trastocar el sistema: CASADO BURBANO, P., *Iniciación al Derecho Constitucional Militar Revista de Derecho Privado*, EDESA, Madrid, 1986, p. 27.

¹⁴ Según la Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 6 junio de 1992: «Esta Sala tiene dicho y mantiene que el deber de obediencia es más riguroso para los militares que para los funcionarios administrativos y judiciales, en los que legalmente obliga la obediencia debida en ciertos casos [...]».

¹⁵ MUÑIZ VEGA, G., «La eximente de obediencia debida en el Derecho penal militar», *REDM*, N° 54 (julio-diciembre 1989), Tomo I, p. 138.

¹⁶ LABAND, P., *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, I, 1876, p. 422 y QUINTERO OLIVARES, G., «El delito de desobediencia y la desobediencia justificada», *Revista Jurídica de Cataluña*, Vol. 80, Núm. 3, Julio-Septiembre, Barcelona, 1981, p. 75.

¹⁷ Citado por PORRES JUAN-SENABRE, «Consideración general de la obediencia debida como eximente», ob. cit., p. 139.

¹⁸ En el terreno militar, un análisis más amplio puede verse en ROJAS CARO, J., «El poder de coerción directa del superior jerárquico en el ejército», *Estudios penales y jurídicos. Homenaje al profesor Dr. ENRIQUE CASAS BARQUERO*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1996, p. 752. Dicho poder de coerción seguiría existiendo en el Derecho a pesar de la desaparición del artículo 105 de en nuestro Código penal militar, para dicho autor.

ámbito militar. Ya a comienzos del pasado siglo XX, BERNARDINO ALIMENA¹⁹ comentaba: «Además, mientras que para los funcionarios civiles la disciplina nunca es rígida y rigurosa, y su desobediencia, aún siendo injusta, no puede producir consecuencias inmediatas e irreparables, o consecuencias fatales, para los militares, por el contrario, no sólo la disciplina es férrea, sino que la desobediencia puede tener inmediatamente consecuencias graves y algunas veces consecuencias fatales. Dadas estas diferencias, es preciso llegar a una solución más benigna para el militar», y también JIMÉNEZ DE ASÚA²⁰, de igual sentir, señalaba: «Al tomar en cuenta la eximente de obediencia debida es necesario usar de mayor benignidad con el militar que con el funcionario civil, ya que los artículos [...] castiga a veces con terrible dureza la desobediencia del soldado y del marino [...]».

Sin embargo, ello no implica obediencia ciega, que no se concibe hoy ni siquiera en el ámbito militar por la inmensa mayoría de los tratadistas del Derecho penal²¹, por nuestro sistema jurídico legal y jurisprudencial,

¹⁹ ALIMENA, B., *Principios de Derecho Penal*, ob. cit., ps. 127 y 128.

²⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, ob. cit., p. 847.

²¹ VALLECILLO, acuña un concepto de «*obediencia exacta*», al afirmar: «poco adelantaría el servicio militar con que la obediencia fuera voluntaria y ciega, si al tiempo no se empleasen los más eficaces medios para que en todas sus partes correspondiese el mandato, que es lo que constituye la profundidad de la obediencia [...] los que quieran obedecer profundamente [...] deben enterarse bien a fondo del contenido de las órdenes que reciban, estudiarlas con el mayor detenimiento y, habiendo tiempo suficiente, pedir las aclaraciones que puedan ser necesarias»: *Diccionario Enciclopédico de la Guerra*, dirigido por GENERAL LÓPEZ MUÑIZ, *Diccionario Enciclopédico de la Guerra*, Ed. GESTA, Madrid, 1958, p. 474. JIMÉNEZ DE ASÚA señala: «[...] Es indudable que en el ejército, el principio de disciplina es fundamental y la pronta obediencia regla necesaria; el soldado, bajo las armas contrae deberes particulares, y sus deberes son más rigurosos aún en tiempo de guerra que en tiempo de paz. Pero en modo alguno es posible concebir al soldado reducido al papel de instrumento ciego. Al menos debe comprender el mandato dado, y saber si la orden emana verdaderamente de su superior; es un ciudadano dotado de inteligencia y de voluntad, y por, tanto, conserva su parte de responsabilidad»: JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, ob. cit., p. 839. O en fin, otros tratadistas de especial autoridad en la materia castrense que rechazan la obediencia ciega son CALDERÓN SUSÍN, E., *Comentarios al Código Penal Militar*, ob. cit., ps. 365 y 418. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., —«La obediencia debida en el Código Penal Militar español de 1985», *Revista de Derecho Público*, Nº 103 (abril-junio) 1986, ps. 33 y 34. MORILLAS CUEVA refiere que: «Lo cierto, en cualquier caso, es que en un Estado de Derecho la obediencia ciega no puede ser admitida, ni en el Ejército, ni en la esfera civil», *La obediencia debida, aspectos legales y político criminales*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1984, p. 205. QUEROL Y DURÁN, F., *La obediencia debida como causa de justificación*. Ponencia inédita presentada a las Primeras Jornadas de Derecho Militar y Derecho de la Guerra, Valladolid, 4-6 de mayo de 1960: «[...] sería desorbitada la pretensión de que esta obediencia, por ciega que parezca, no tenga sus límites en orden a justificar una conducta delictiva». También en la Jurisprudencia destaca la Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de mayo de 1983 (Caso Almería), que señala: «la disciplina militar exige con mayor rigor el deber de obediencia en un Cuerpo, como el

por el Derecho comparado e internacional, habiendo sido abandonada en tales disciplinas la postura del *respondeat superior*²² dadas las consecuencias absurdas a que podría llegar una obediencia de tal carácter.

Por otro lado, dentro de la jerarquía militar el hecho de la guerra propicia que la sujeción jerárquica no sea la misma en tiempos de paz que en tiempos de guerra, cosa que nuevamente se refleja en el delito de desobediencia. Ya en el Derecho romano, en tiempos de paz cesaba el deber de obedecer en los supuestos de *atrocitatem facinoris*, mientras que en tiempos de guerra la obediencia se presentaba en las legiones romanas de forma absoluta bajo pena de muerte aún cuando la desobediencia redundara en un beneficio en campaña militar²³. Hoy la severidad del castigo de la desobediencia en tiempos de guerra se refleja en la punición del delito de desobediencia del artículo 102 del Código Penal Militar que castiga de tres meses y un día a dos años de prisión la desobediencia en tiempos de paz, castigo que eleva hasta veinticinco años si la desobediencia se produce en situaciones apremiantes o en tiempo de guerra.

Esta diferente punición se debe a que en tiempos de guerra la disciplina, la sujeción jerárquica y por extensión, la obediencia, se extreman por factores como la mayor libertad de forma de la orden; la ignorancia por los escalones ejecutivos del plan general de actuación y de los objetivos per-

de la Guardia Civil, de organización y estructura castrense, pero no es un deber absoluto de obediencia ciega, pasiva o automática».

²² Esta postura sostiene que el subordinado no es otra cosa que un instrumento en manos de sus superiores, que son quienes realmente acapararían toda la responsabilidad derivada de los hechos cometidos por aquel. Tuvo sólo vigencia, bajo una importante consideración crítica, en el Derecho anglosajón en el periodo comprendido entre 1914 y 1944, resultando finalmente rechazada por el Tribunal de Núremberg. Aunque ya HOBBS afirmó que la orden de un superior exigía obediencia absoluta: «Lawful and unlawful derives from the law of public power. What is ordered by a legitimate King is made lawful by his comand and what he forbides is made unlawful by his prohibition»: HOBBS T., *Elementa philosophica de cive*, Paris, 1642, «Imperium», Capítulo 12, párrafo 1º. OPPENHEIM, L., es su principal precursor, afirmando en su tratado de ley internacional publicado por primera vez en 1906: «los miembros de los ejércitos que cometan acciones criminales actuando en virtud de obediencia jerárquica de sus superiores, no podrán ser considerados responsables criminales de dichos hechos, pues únicamente lo serán por los hechos cometidos por sus subordinados, los mandos superiores que dictaron dichas órdenes y que una vez hechos prisioneros por sus enemigos, podrán ser finalmente enjuiciados y en su caso condenados»: OPPENHEIM, L., *International Law: a Treatise*, Vol. 2, 1906, ps. 264 y 265.

²³ Comenta DÍAZ PALOS: «[...] de los textos romanos del Digesto se deduce una distinción esencial: que la severidad del castigo en el soldado que desobedecía la orden y que llegaba hasta la imposición de la pena capital, (*capite punitur*) se limitaba a tiempo de guerra (*in bello*). En época de paz, los límites de la obediencia eran iguales que para los esclavos e hijos, en los términos que ya conocemos»: F. DÍAZ PALOS, Voz «Obediencia debida», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Francisco Seix, Tomo XVII, Barcelona, 1982, p. 759.

seguidos²⁴, que les impide un conocimiento completo de los datos fácticos idóneos para una certera valoración de la orden, o en definitiva, la situación perentoria y apremiante que caracteriza el conflicto bélico, que hace que en tiempos de guerra el deber de examen de la legalidad de la orden resulte muy limitado. Como explica JIMÉNEZ DE ASÚA²⁵: «el soldado, bajo las armas contrae deberes particulares, y sus deberes son más rigurosos aún en tiempo de guerra que en tiempo de paz».

Sin embargo, también en tiempos de paz la maquinaria militar de cualquier Estado debe estar preparada para la guerra, debiendo mantener en todo tiempo altas cotas de disciplina. Los ejércitos permanentes y sobre todo los ejércitos profesionales precisan también en tiempos de paz del ejercicio del mando, cuyo reverso, la obediencia exacta a las órdenes de los superiores, forma parte de las virtudes morales propias de la tradición militar que deben presidir el comportamiento de los militares no solo en el combate sino también en la vida cotidiana. No en vano, la regla Séptima del artículo 4 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar señala como regla esencial que define el comportamiento del militar: «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 [...]». Esta regla de comportamiento no se entiende referida a la actuación en combate sino a los militares en su calidad de miembros de las Fuerzas Armadas.

Recapitulando, las diferencias entre la sujeción jerárquica militar y la sujeción jerárquica civil se debe en último extremo al hecho de la guerra, que se erige en especialidad militar incuestionable pues propicia obedecer acciones criminales que quedarían mimetizadas en la crueldad misma de la guerra, y tampoco en tiempos de paz se libra al subordinado de la particular dureza del castigo en la desobediencia militar frente de la civil, demandando mayor indulgencia en las consecuencias de la obediencia.

²⁴ Especialmente en los escalones ejecutivos más bajos, es decir, del soldado. MUÑIZ VEGA, se hace eco de lo anterior, y señala: «aceptar la interrupción constante de la acción del mando y transferir la decisión sobre el cumplimiento de las órdenes al inferior, supone la quiebra total e inevitable de la institución militar asentada sobre la jerarquía y la disciplina. De ahí que el inferior reducirá su examen a verificar [...] si la orden queda comprendida en las relativas al servicio que le corresponde y si adopta la forma adecuada [...]». Si efectivamente se cumplen tales condiciones, la orden ofrece la presunción de legalidad y debe ser cumplida, salvo que concurra la causa obstativa de manifiesta criminalidad». MUÑIZ VEGA, G., «La eximente de obediencia debida en el Derecho penal militar», ob. cit., p. 151. En términos similares, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., «La obediencia debida en el derecho penal militar» *Revista Española de Derecho Militar*, Ministerio de Defensa, Madrid, N° 3, Enero-junio, 1957, p. 70.

²⁵ Citados por JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, ob. cit., p. 839.

Tales consideraciones llevan a que la obediencia eximente tenga militarmente un interés como especialidad propia y demande una regulación especial en el ámbito militar sin que pueda trasladarse sin más la desaparición formal de la eximente como eximente autónoma en el Derecho común al Derecho castrense.

3. ESQUEMA DE LA EXENCIÓN POR OBEDIENCIA JERÁRQUICA EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR

Aclarado el esquema básico de Derecho positivo de la exención por obediencia jerárquica en la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código penal militar, resta averiguar el régimen legal de la responsabilidad penal del subordinado militar que en obediencia a sus superiores lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido penalmente.

Puede ocurrir que la obediencia a órdenes de los superiores sea debida por pesar un deber de obedecer sobre el subordinado. Pero también puede ocurrir que no exista tal deber de obedecer por no ser vinculante la orden y que sin embargo, por concurrir ciertas circunstancias, el subordinado quede excusado en su conducta. Por ello, resulta ineludible averiguar cuál es la frontera entre la obediencia debida y la obediencia excusable.

3.1. LA OBEDIENCIA DEBIDA

La obediencia debida es la que se exige desde el Derecho generando un deber de obedecer y por lo tanto pudiendo quedar amparado el subordinado que la obedece mediante la eximente del artículo 20.7 del Código penal que exige por cumplimiento de un deber, teniendo en cuenta que la remisión genérica «Serán de aplicación las causas eximentes de la responsabilidad criminal previstas en el Código Penal» del artículo 21 del Código penal militar abre la puerta a la eximente de cumplimiento de un deber en las relaciones jerárquicas militares²⁶.

²⁶ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO estima que la causa de justificación de cumplimiento de un deber ofrece dificultades en relación con las relaciones jerárquicas entre superior e inferior inherentes a la disciplina militar: RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., «El Código penal militar en el sistema penal español. Principio de especialidad y concurso de leyes», ob. cit., p. 56. Sin embargo, otros autores consideran que la citada eximente es de aplicación en el ámbito militar, como HIGUERA GUIMERÁ cuando dice: «En principio, toda la problemática que los autores en general han planteado en relación con esta causa de justificación, es aplicable también al Derecho penal militar. Insisto en que no existen especialidades penales en esta materia, la especialidad está como bien dice

3.1.2. La orden militar vinculante

En tanto el mandato vinculante es aquel que actualiza un deber impuesto por el Derecho, este deber resulta preservado por una *salvaguardia jurídica*, que el ámbito penal militar reconduce al artículo 102 Código penal militar ya que este precepto castiga al militar cuando desobedece una orden que está obligado a obedecer, es decir, una orden vinculante.

El artículo 102 del Código penal militar señala: «El militar que se negare a obedecer o no cumpliera las órdenes legítimas de sus superiores relativas al servicio que le corresponde será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión [...]»²⁷. Este precepto puesto en relación con el artículo 19, que define orden como «todo mandato relativo al servicio que un superior militar da de forma adecuada, dentro de las atribuciones que legalmente le corresponden a un inferior o subordinado para que lleve a cabo u omita una actuación concreta»²⁸, permite señalar que para que una orden militar sea vinculante tiene que ser relativa al servicio; dada por un superior militar da de forma adecuada, dentro de las atribuciones que legalmente le corresponden a un inferior o subordinado y que sea legítima.

El problema se plantea a la hora de preguntarse qué se entiende por «orden legítima». La jurisprudencia²⁹ parece entender por orden legítima la que no entrañe ejecución de actos manifiestamente contrarios a las leyes y usos de la

CALDERÓN SUSÍN, en las particularidades y las especialidades del deber o de los deberes de contenido militar que, establecidos fuera del ordenamiento estrictamente punitivo, podrá legitimar determinados comportamientos típicos»: HIGUERA GUIMERÁ, *Curso de derecho penal militar español. Parte general*, Bosch, Barcelona, 1990, ps. 358 y 359.

²⁷ En el anterior Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945 se castigaba el delito de desobediencia en los artículos 327 a 332, pudiendo destacar en este sentido preceptos tales como el artículo 329 que decía: «El que dejare de observar las órdenes que se le dan en los presupuestos y circunstancias previstos en los dos anteriores»; artículo 330 que decía: «el comandante u oficial que en escuadra, buque, aeronave u otra unidad militar no cumpliera exactamente las órdenes o señales de su almirante o jefe o de cualquiera otro de sus superiores, en punto a atacar o defenderse de fuerzas, buques o aeronaves enemigas hasta donde alcance sus medios o posibilidades»; artículo 331 que decía: «El que contrariando las órdenes recibidas variase o mandase variar el rumbo de buque o aeronave dado por su comandante», o en fin, el artículo 332, que decía: «El comandante de buque o aeronave que sin necesidad hiciere arribadas contrarias a sus instrucciones». En puridad la mayoría de los casos examinados eran verdaderas excepciones de responsabilidad basados en la orden del superior. En otras ocasiones eran meras autorizaciones o facultades para una conducta determinada por lo que la causa eximente está en realidad en la propia aplicación de la Ley.

²⁸ Semejante definición contiene el apartado décimo del punto uno del artículo cuarto de la Ley de la Carrera Militar.

²⁹ En el ámbito militar el concepto penal de *orden legítima* se ha venido construyendo a través de la doctrina jurisprudencial desarrollada por la sala 5ª del Tribunal Supremo en torno al delito de desobediencia militar. Véase, Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1992, la Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo

guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución y que sea emitida de forma adecuada y dentro de las atribuciones que correspondan al superior en relación con el servicio y las funciones que tenga encomendadas el inferior.

A la luz de dicha jurisprudencia, parece deducirse que en el concepto de orden militar vinculante cabría extenderlo a las órdenes ilícitas³⁰, dando entrada a los mandatos antijurídicos obligatorios en el Derecho militar.

Sin embargo, acudiendo al Derecho positivo, bajo la expresión *límites de la obediencia*, en el apartado undécimo del número 1 del artículo 4 de la Ley de la Carrera Militar y en el artículo 48 del Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, no se dejan lugar a la duda sobre el rechazo a los mandatos antijurídicos obligatorios constitutivos de delito en la esfera militar al señalar: «Si las órdenes entrañan la ejecución de actos constitutivos de delito, en particular contra la Constitución y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, el militar no estará obligado a obedecerlas. En todo caso asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión».

Aún más, tampoco caben órdenes que manden cometer cualquier otra infracción del ordenamiento jurídico³¹. Así se refleja en el artículo 9.1. de la Constitución que señala que todos los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y en los preceptos militares³² como el apartado quinto del número 1 del artículo

de 15 octubre 2001 o, más recientemente, la Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2008.

³⁰ Cómo se estimó de antiguo por la jurisprudencia: Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1954, de 13 de diciembre de 1963 o de 23 de mayo de 1966 y así parece defender el Diccionario Enciclopédico de la Guerra, al señalar: «[...] desde el momento en que sólo queda exento de responsabilidad el militar que incurra en un delito al ejecutar una orden, cuando ésta sea legítima, no puede castigarse la desobediencia a los mandatos que no tengan este carácter, pues de otro modo el subordinado sería siempre castigado, ya como reo de desobediencia si se rebela contra el mandato injusto, ya como autor de un posible hecho delictivo, si obedece ciegamente las órdenes»: *Diccionario Enciclopédico de la Guerra*, ob. cit., p. 499.

³¹ En contra LÓPEZ SÁNCHEZ, que estima que la desobediencia a las órdenes militares que, no revistiendo gravedad penal, conllevan un ataque a cualquier norma del ordenamiento jurídico se castigaría por el delito común de desobediencia del artículo 410.2 del Código penal común: LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *Protección penal de la disciplina militar*, ob. cit., p. 140. Sin embargo no lleva razón. La desobediencia a la orden militar, cualquiera que sea lo ordenado tiene su reproche penal a través del artículo 102 del Código penal. Si la orden militar es vinculante, el desobediente será castigado por este tipo penal militar, y si no lo es, no lo será en ningún caso. Una misma orden no puede ser vinculante en el ámbito militar y no vinculante al mismo tiempo en el ámbito común, pues como señalé, las normas del Código penal común no alcanzan al ámbito militar cuando en éste ya se recogen *ex novo* aquellas normas, como ocurre con el delito de desobediencia.

³² Véanse entre otros, artículos 55; 56; 60; y 67 de las Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas y en

4 de la Ley de la Carrera Militar que señala que los militares «Ajustarán su conducta al respeto de las personas, al bien común y al Derecho internacional aplicable en conflictos armados. La dignidad y los derechos inviolables de la persona son valores que tienen obligación de respetar y derecho a exigir. En ningún caso los militares estarán sometidos, ni someterán a otros, a medidas que supongan menoscabo de la dignidad personal o limitación indebida de sus derechos».

También apunta en esta dirección la interesante Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 31 de marzo 2004 que señala en su fundamento de derecho tercero: «la orden emitida ciertamente no se encontraba dentro de las que hemos calificado jurisprudencialmente como «ilegítimas», en el sentido de que no era «contraria a las Leyes y usos de la guerra» y que obviamente no constituía delito en general ni delito contra la Constitución en particular. Ocurre, sin embargo, que, además del contenido de las RROO y de la normativa que estamos contemplando, sobre el concepto de orden (arts. 15 y 19 CPM [...]), deben ponderarse las posibles infracciones a los derechos fundamentales (como el derecho a la intimidad) y, en general, al ordenamiento jurídico y la parte de la orden objeto de estudio que exigía los datos de la cónyuge del inculcado era contraria a la legislación analizada en materia de protección de datos y, a su vez, a la actual interpretación del TC sobre los apartados 1 y 4 del art. 18 CE». En esta Sentencia, el Tribunal Supremo considera que el subordinado no comete delito de desobediencia militar si desobedece una orden que contravenga *cualquier* norma del ordenamiento jurídico.

No en vano la desobediencia a cualesquiera órdenes ilegales no lesiona ni pone en peligro el bien jurídico que trata de proteger el delito de desobediencia militar –que recordando, es el principio de jerarquía adecuado a la consecución de las misiones constitucionales que tienen asignadas las Fuerzas Armadas–, ya que conforme al principio de legalidad y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, a la Administración no se le encomiendan fines o misiones al margen del Derecho³³. Nues-

la reciente ley 37/2007 de la carrera militar, la regla quinta del apartado 1 del artículo 4, que cabe reproducir por su interés en este punto: «Ajustara su conducta al respeto de las personas, al bien común y al derecho internacional aplicable en conflictos armados [...]». Es decir, en el espacio ocupado por las órdenes contrarias a las leyes y usos de la guerra o que constituyan delito, en particular contra la Constitución, el subordinado militar no está obligado a obedecer aunque no resulten manifiestamente legales.

³³ PIGNATELLI acierta al señalar: «en un Estado democrático de derecho es de éste de donde se deriva cualquier autoridad, a la que siempre precede, por lo que no es posible estimar que existan en nuestro ordenamiento mandatos antijurídicos obligatorios, ya que, amén de antinómica, tal existencia estaría en franca oposición con el texto constitucional,

tro Derecho cuenta con suficientes mecanismos para impedir un poder de inspección extremo o abusivo que dificultaría el ejercicio del mando si atendemos al efecto disuasorio del propio delito de desobediencia que pesará sobre quien inspecciona la orden, aún cuando incurra en error si éste no es invencible y que además, debe ser probado por quien lo alega para que sea eficaz³⁴.

Por tanto en el ámbito militar la orden ilícita no podrá nunca integrar el concepto de orden vinculante y el rechazo al conjunto de los mandatos antijurídicos obligatorios fundamentará la responsabilidad del subordinado que ejecuta la orden de cometer una infracción penal; reclamará un deber de examen de la orden siempre; conllevará la justificación del subordinado que desobedece la orden ilícita vía eximente de cumplimiento de un deber de no cometer actos ilícitos y permitirá aportar una definición de orden vinculante.

que consagra la primacía de la ley sobre el ejercicio de la autoridad, por lo que mal puede la ley dispensar una tutela a aquel ejercicio que conduzca a justificar una manifestación antijurídica del mismo, contradictoria, por tanto, de la propia ley que se halla por encima», PIGNATELLI Y MECA, F.: *La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español, Consideraciones sobre el Capítulo III del Título XXIV del Libro II del Código penal*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2003, p. 218. Incluso RODRÍGUEZ DEVESA, admitiendo los mandatos antijurídicos obligatorios en el ámbito militar señalaba: «[...] un cambio legislativo que acentúe que el superior solo debe ser obedecido en materias lícitas penalmente no produce el derrumbamiento de las instituciones ni las pone en peligro»: RODRÍGUEZ DEVESA, M., «La obediencia debida en el derecho penal militar», ob. cit., ps. 46 y 47.

³⁴ En contra, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN quienes aunque rechazan los mandatos antijurídicos obligatorios, son de la opinión de que en el tramo de la ilegalidad manifiesta el principio de autoridad no queda menoscabada en el caso de desobediencia pero sí en los casos de desobediencia a órdenes ilícitas pero no manifestamente antijurídicas: *Derecho penal parte general*, ob. cit., p. 484. Por otro lado, que el respeto a la jerarquía administrativa no puede ser valorado por encima del respeto a la legalidad en un Estado social y democrático de Derecho, ha sido subrayado por CARBONELL MATEU, J. C., *Comentarios al Código penal de 1995*, ob. cit., p. 187. ÁLVAREZ GARCÍA ha defendido que el que se ponga la legalidad por encima de la jerarquía no conduce a una Administración menos eficaz. El autor señala que, por el contrario, la Administración más eficaz es aquella que expresa su voluntad con arreglo a Derecho y que poner la jerarquía por encima de la legalidad implicaría por un lado, que de ser la Administración Pública servidora de los ciudadanos, pasan a ser éstos servidores de aquella y por otro lado, que al realizar actuaciones ilegales, la Administración provoca la presentación de innumerables recursos que impide o, al menos, dificulta la realización de su propia actividad típica: ÁLVAREZ GARCÍA, J., *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, ob. cit., p. 265. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN mantienen: «La posibilidad de paralizar constantemente el ejercicio de la función pública por parte del subordinado es consustancial al Estado de Derecho. Si la paralización es ilegítima, el subordinado habrá de soportar la sanción correspondiente y si, por el contrario, es legítima, el Estado de Derecho resultará, en definitiva, afirmado por ella»: *Derecho penal parte general*, 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 484.

Llegados a este punto la orden vinculante militar es el mandato lícito, relativo al servicio, que un superior militar da, en forma adecuada y dentro de sus atribuciones legales, a un inferior o subordinado para que lleve a cabo u omita una actuación concreta, que tiene relación con las funciones asignadas a dicho subordinado en el cumplimiento de sus específicos cometidos, y que legalmente le corresponde.

Ésta es la única orden que, generando objetivamente un deber de obediencia, conduce a aplicar la eximente de cumplimiento de un deber del artículo 20.7 del Código penal común de 1995 vía artículo 21 del Código penal militar, que conllevará la exención total de la responsabilidad por la ejecución del acto típico, o en su caso, atenuación si procede su aplicación en la modalidad incompleta.

3.1.3. Efectos de la obediencia debida

La obediencia a órdenes vinculantes puede ser una causa de atipicidad en todos aquellos casos en que, en virtud de la ley o de la propia naturaleza de la orden, el actuar del sujeto aparece de partida como no constitutiva de delito, como ocurre en aquellos casos en que la propia ley incluye dentro de las exigencias típicas la ilegalidad de su comportamiento. Así sucede por ejemplo con el artículo 174 del Código penal militar: «El militar o miembro de la tripulación de un buque de guerra o de la tripulación de una aeronave militar que, en caso de peligro para la seguridad de la nave, la abandonar sin orden expresa, se embarcare en bote auxiliar o utilizare medios de salvamento sin autorización».

Sin embargo, normalmente el efecto propio de la obediencia debida es la justificación del subordinado que exime mediante la eximente de cumplimiento de un deber. CERESO MIR³⁵ afirma que los supuestos comprendidos en la eximente de cumplimiento de un deber lo son de conflicto de deberes³⁶ y que el cumplimiento de un deber de obediencia es un caso

³⁵ CERESO MIR, J., *Curso de Derecho penal español, Parte General, II, Teoría Jurídica del delito*, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 1998, p. 292 y 304 o RODRÍGUEZ RAMOS, J. M., *Compendio de Derecho penal. Parte general*, DYKINSON S. L., Madrid, 2006, p. 143.

³⁶ El fundamento que lleva a justificar la conducta del subordinado que obedece una orden vinculante en la esfera militar no difiere del ámbito común. Quien al realizar una conducta impuesta por un deber exigido jurídicamente ya sea un deber de obediencia o de otro carácter, lleva a cabo la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, no actúa de forma contraria a Derecho y con independencia de que medie una orden o no, resulta amparado por la eximente del cumplimiento de un deber.

de cumplimiento de un deber. La estructura de esta eximente requiere que concurran otras condiciones sin las cuales el subordinado no verá justificada su conducta, y que son, que el deber de obediencia sea de rango superior o igual al de abstenerse de realizar la acción prohibida o de ejecutar la acción ordenada³⁷ en los delitos de omisión; que la conducta no implique un grave atentado contra la dignidad humana; que el sujeto actúe con la conciencia y voluntad de cumplir con el deber de obediencia y que el subordinado no se exceda en la ejecución.

Por lo demás, contra los mandatos vinculantes que actualizan el deber de obedecer no cabrá legítima defensa ni estará el subordinado sometido a la responsabilidad civil dimanante del delito o falta, y de seguirse la teoría de la accesoriedad limitada tampoco cabría participación delictiva en quienes cooperan con el destinatario de la orden a su cumplimiento.

3.2. LA OBEDIENCIA EXCUSABLE

Averiguado que el espacio de la obediencia debida se contrae a las órdenes vinculantes, la casuística restante se deberá a las órdenes no vinculantes donde la comisión de delitos en obediencia a los superiores ya no será debida sino a lo más excusable. Las relaciones jerárquicas de subordinación resultan un terreno abonado para la aplicación frecuente de las reglas generales del error de prohibición del punto 3 del artículo 14 del vigente Código penal, de la eximente de miedo insuperable del apartado 6º del artículo 20 y de la eximente de estado de necesidad del apartado 5º del artículo 20. Sin embargo, la pieza central que rige en la obediencia excusable es la eximente por obediencia jerárquica que formula el artículo 21 del Código penal militar, por lo que en ella nos centraremos.

³⁷ Es interesante alertar sobre un interesante precepto de las Reales Ordenanzas para Las Fuerzas Armadas, como es el artículo 49 que señala: «*Objeción sobre órdenes recibidas*. En el supuesto de que considere su deber presentar alguna objeción a la orden recibida, la formulará ante quien se la hubiera dado. Si su incumplimiento perjudicase a la misión encomendada, se reservará la objeción hasta haberla cumplido». En el caso de que la orden mandara cometer un delito o cualquier otro acto ilícito, el militar no estaría obligado a obedecerla y habría de responder por las graves consecuencias de su acción u omisión, pero si el incumplimiento de la orden perjudicase la misión encomendada, entraría el juego de la eximente de cumplimiento de un deber en su faceta de colisión de deberes próximo al estado de necesidad y habría que estar al deber de mayor rango para determinar si el deber de cumplir la misión encomendada, dada la importancia que esta podría revestir, habría de prevalecer sobre su obligación de no cometer delitos.

3.2.1. Naturaleza jurídica y fundamento de la eximente del último inciso del artículo 21 del Código penal militar

Cabría deducir por tanto que la eximente por obediencia jerárquica del último inciso del artículo 21 del Código penal militar se configura como una causa de exculpación, debiendo averiguarse su fundamento.

3.2.1.1. *La cuestión en el Derecho positivo, en la Jurisprudencia y en la doctrina*

En el terreno del Derecho positivo, ni los artículos del Código penal militar ni los de las Reales Ordenanzas permiten avanzar mucho más sobre la naturaleza jurídica de la eximente. CALDERÓN SUSÍN³⁸ explica acertadamente que «El mantenimiento de tan encontradas y bien argumentadas *lege data*, a la vez que muy matizadas posiciones, permite afirmar sin empacho que nuestro legislador no está muy acertado en una regulación que suscita tal cúmulo de problemas y consiguientes distintas posturas [...]».

En cuanto a la jurisprudencia, a pesar de la afirmación en alguna ocasión por parte de los Tribunales Militares de la eximente autónoma de obediencia militar como causa de justificación³⁹, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en Sentencia de 22 de abril de 1983, ha aclarado notablemente la cuestión señalando que: «Sobre su naturaleza, la doctrina clásica entendía que se trataba de una causa de justificación o de exclusión del injusto, mientras que, hoy día, se la califica como una causa de exclusión de la culpabilidad, imbricada además con la inexigibilidad de otra conducta, toda vez que, el que obedece, no actúa con su propio raciocinio y por su capacidad de querer, sino que se halla bajo el influjo de un error esencial supuesto que cree equivocadamente que se le manda un acto justo, sin que, además, el Derecho puede incurrir en la contradicción de encontrar justa la ejecución de una orden injusta» y también la posterior Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1983, que comprendió la eximente autónoma de obediencia militar en el ámbito de las causas de exculpación por la senda del error, si el subordinado no pudo apreciar la antijuricidad del mandato⁴⁰.

³⁸ CALDERÓN SUSÍN, E., *Comentarios al Código penal militar*, ob. cit., p. 412.

³⁹ Sentencia del Consejo de Justicia Militar de 5 de octubre de 1955.

⁴⁰ Dicha Sentencia señala en su Noveno Considerando: «[...] los acusados recurrentes al impugnar la sentencia de instancia y sostener la exención plena de responsabilidad lo hacen apoyándose en el error sobre la ilicitud del mandato creyéndole de buena fe legítimo, de acuerdo con la doctrina penal dominante, ya recogida en alguna declaración jurisprudencial».

Respecto de la doctrina, aunque autores como MUÑIZ VEGA⁴¹, PORRES JUAN-SENABRE⁴², PÉREZ DEL VALLE⁴³ o MORILLAS CUEVA⁴⁴ atribuyen a la eximente del último inciso del artículo 21 del Código penal militar carácter de causa de justificación, la doctrina mayoritaria atribuye a la eximente por obediencia militar la naturaleza de causa de exculpación.

Desde la aceptación de la obediencia ciega FERRER SAMA⁴⁵, comenta: «[...] cuanto antecede se refiere a los casos en que el sujeto que obedece le queda un margen de libertad de enjuiciamiento, pues la cuestión se complica en aquellos supuestos en que la misma ley impone al inferior el deber de obediencia ciega, como ocurre en ocasiones dentro de la esfera militar. Mas ni aún en tales casos creemos en una justificación objetiva del hecho, sino en una causa de inculpabilidad, debido a que ante esta obligación ciega que la propia ley le impone, su voluntad queda condicionada de tal forma, que no sería permitida la incriminación, ni a título de dolo ni aun de culpa».

FERRER SAMA no es el único que recurre a causas la no exigibilidad para fundamentar el carácter de causa de exculpación de la eximente de obediencia autónoma militar. JIMÉNEZ DE ASÚA⁴⁶, atribuía a la eximente propia de obediencia jerárquica en el ámbito militar el carácter de causa de exculpación al considerar que el inferior que ejecuta una orden ilícita no se podrá amparar en una causa de justificación puesto que no le cubriría la obediencia debida, sin embargo el jefe autoritario podría obligar al subordinado a cumplir lo que le manda y, como las consecuencias de la

cial -S. de 18 noviembre 1980-, que lleva la obediencia debida al ámbito de las causas de inculpabilidad por la senda del error, si el subordinado no pudo apreciar la antijuricidad del mandato, o por el expediente de la inexigibilidad de otra conducta [...]».

⁴¹ MUÑIZ VEGA, G., «La eximente de obediencia debida en el Derecho penal militar», ob. cit., ps. 160 y 161. Este autor señala: «El deber de obediencia jerárquica militar es inherente a la institución militar y está expresamente impuesta por la Ley. Quien imparte la orden no hace más que actualizarlo, dar lugar a que se inicie su dinamismo, pero el deber existía ya antes de impartir la orden –cuya función es la de activarlo– impuesto por el orden jurídico militar [...]»: MUÑIZ VEGA, G., «La eximente de obediencia debida en el Derecho penal militar», ob. cit., p. 161.

⁴² PORRES JUAN-SENABRE, E., «Consideración general de la obediencia debida como eximente», en *Revista Española de Derecho Militar (REDM)*, N° 12, (julio-diciembre 1961), p. 129.

⁴³ PÉREZ DEL VALLE, C., «La desaparición de la obediencia debida en el código penal y su efecto en el derecho penal militar», ob. cit., ps. 273 y 274.

⁴⁴ MORILLAS CUEVA, L., *La obediencia debida, aspectos legales y político criminales*, ob. cit., p. 212.

⁴⁵ FERRER SAMA, A., *Comentarios al CP*, Tomo II, Murcia, 1946, p. 254.

⁴⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, ob. cit., ps. 848 y 849.

obediencia son tan drásticas, el inferior, al hacerlo, estaría amparado por la violencia moral, por estado de necesidad inculpable o, si se quiere, por no poder solo exigir que no obedezca, aunque le conste lo injusto de lo mandado.

Pertenece a la misma línea DÍAZ PALOS⁴⁷, quien mantiene que en el ámbito militar no existe deber de obedecer órdenes ilegales al no caber estas en el concepto acuñado en este punto por RODRÍGUEZ DEVESA de «orden relativa al servicio», trasladando el problema al derecho del subordinado a examinar la orden de los superiores en el que la férrea jerarquía que sujeta al subordinado militar y el temor a las represalias que puedan suceder a la desobediencia del superior explicaría en el estado de necesidad o en la inexigibilidad de otra conducta la exculpación que exime de responsabilidad al subordinado.

Las posturas exculpantes expuestas hasta aquí, no solo tropiezan en algunos casos con los inconvenientes de la defensa de la obediencia ciega sino que además reconducen el fundamento de la eximente en el ámbito militar a una coacción o a un estado de necesidad encubiertos, lo que ya fue denunciado por QUINTANO RIPOLLÉS⁴⁸, quien defendiendo desde la perspectiva del Derecho penal internacional el carácter de causa de exculpación, advirtió: «Suele hacerse en materia de obediencia una salvedad a favor de un mayor campo de acción en el terreno de lo militar. Aduciendo que la desobediencia pudiera acarrear lo que siendo cierto, desvirtúa nuevamente la naturaleza de la eximente emparentándola con la de miedo y aun con la de estado de necesidad pues si el requerido sabe que arriesga su vida o consecuencias de suma gravedad para él, es evidente que su obrar quedará amparado por tales supuestos aún en caso de no computarse la circunstancia de obediencia».

Pero también se ha recurrido a otros fundamentos para explicar la eximente de obediencia en el ámbito militar. SAUER⁴⁹, defiende que el subordinado que recibe un mandato antijurídico actúa antijurídicamente puesto que sólo por el mandato y el deber de disciplina no puede nunca derivarse del injusto un derecho, pero se le libera de culpabilidad, en la mayor medida posible, a causa de la vinculación de carácter obligatorio, por eso el tercero agredido antijurídicamente está legitimado para ejercer la legítima defensa frente al subordinado. El problema de esta argumentación se en-

⁴⁷ DÍAZ PALOS, F., voz «Obediencia debida», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, ob. cit., p. 759.

⁴⁸ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de Derecho Penal*, ob. cit., p. 395.

⁴⁹ SAUER, G.: *Derecho penal, Parte General*, Trad. de DEL ROSAL y CERZO, Barcelona, 1956, ps. 210 y 211.

cuenta en hablar de *vinculación de carácter obligatorio* y a continuación de conducta antijurídica exculpada pues aunque se esté defendiendo la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios militares, estos mandatos no exculparían sino justificarían al subordinado.

Otros, para defender el carácter exculpante de la eximente se han apoyado en el antiguo número 12 del art. 185 del Código de Justicia Militar⁵⁰. Así, QUINTANO RIPOLLÉS⁵¹ señaló: «Es de observar respecto al derecho militar español que, contra lo que parecería lógico, la eximente de obediencia no tiene en él formalmente tanto rigor como en el ámbito común, estado configurada en el número 12 del art. 185 del Código de Justicia Militar como de libre apreciación del Tribunal en referencia a si se prestó con malicia o sin ella. Con lo que se apunta más hacia la culpabilidad que hacia la antijuricidad» y ANTÓN ONECA⁵²: «[...] Malicia es, según nuestro derecho, igual a dolo: luego la obediencia es causa de exclusión del dolo, o sea de la culpabilidad según el Derecho militar».

RODRÍGUEZ DEVESA⁵³, diferenció en la redacción originaria del Código de Justicia Militar de 1945, tres supuestos, el de la *obediencia debida genuina*⁵⁴, que constituía causa de justificación circunscribiéndola al mandato lícito, y otros dos supuestos implícitos en esta redacción en los que la conducta del inferior es antijurídica si bien puede ser exculpada, bien por error exculpante ya por coacción. Lo más relevante de la reflexión de RODRÍGUEZ DEVESA es la referencia a la exculpación por un error excusante diferente del error penal general que solo excusa cuando es invencible, lo que daría a la eximente un espacio propio. Más aún, en mi opinión, la locución *malicia* funcionaba excluyendo la eximente en los delitos cometidos con conocimiento por parte del subordinado de la ilegalidad de la orden y por tanto de su deber de no ejecutarla.

⁵⁰ «Esta eximente la tomarán o no en cuenta los Tribunales según las circunstancias de cada caso y teniendo presente si tratándose de un hecho penado en este Código, se prestó la obediencia con malicia o sin ella».

⁵¹ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de Derecho Penal*, Madrid, Revista de Derecho Privado, Tomo I, 1963, p. 395.

⁵² ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, Tomo I, Parte General, Madrid, 1949, p. 274.

⁵³ RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., en *La obediencia debida en el Derecho penal militar*, ob. cit., p. 72 y más recientemente en *La obediencia debida en el Código penal Militar de 1985*, ob. cit., p. 48.

⁵⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA considera que lo que RODRÍGUEZ DEVESA llama «obediencia genuina» será efectivamente una causa de justificación, pero incluíble en la de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo al que se refería el artículo 185 en el n° 11: JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, ob. cit., ps. 848 y 849.

El papel del error en el fundamento exculpante de la eximente ha ido ganando terreno con el tiempo. RODRÍGUEZ DEVESA⁵⁵ ya había apuntado que dentro de la eximente se daba la hipótesis en que el inferior, sea por desconocer los presupuestos fácticos de la orden, sea por ignorar que está autorizado a desobedecerla, la cumple. CALDERÓN SUSÍN⁵⁶ estima que la especial situación del subordinado militar explica los amplios límites de la exculpación y en caso de duda sobre la legitimidad de la orden, si la cumpliera y resultara ilegítima la consiguiente conducta antijurídica quedaría exculpada y PIGNATELLI Y MECA⁵⁷ que: «[...] la solución acaso pueda encontrarse en la elaboración de una causa de exculpación específica, próxima al error de prohibición, donde se especifiquen sus límites y se establezca una presunción *iuris tantum* a favor del que actúa en virtud de obediencia jerárquica».

3.2.1.2. *Toma de postura*

En mi opinión, la naturaleza jurídica y fundamento de la eximente militar de obediencia jerárquica se encuentra en la antigua eximente de «obediencia debida del antiguo artículo 8.12 del derogado Código penal de 1973. No en vano, la formula optada en la redacción del segundo inciso del artículo 21 fue la de agregar precisiones que no aparecían en la antigua eximente del artículo 8.12 del Código penal de 1973 y que solo obedecerían a la necesidad de adaptar la eximente a las Fuerzas Armadas⁵⁸. Ya el Código de Justicia de 17 de julio de 1945 recogía la eximente de obediencia debida en el número 12 del artículo 185 de forma idéntica al que ha venido recogiendo tradicionalmente el Código penal común: «El que obra en virtud de obediencia debida» al que añadía determinadas precisiones. También la vigente referencia del artículo 21 del vigente Código penal militar: «no se estimará como eximente ni atenuante el obrar en virtud de obediencia»,

⁵⁵ RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., «La obediencia debida en el derecho penal militar», ob. cit., p. 46.

⁵⁶ CALDERÓN SUSÍN, E., *Comentarios al Código penal militar*, ob. cit., ps. 420 y 421.

⁵⁷ PIGNATELLI Y MECA, F., *La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español, Consideraciones sobre el Capítulo III del Título XXIV del Libro II del Código penal*, ob. cit., p. 217.

⁵⁸ HIGUERA GUIMERÁ, comparando la eximente autónoma de obediencia militar con la que nos acompañaba en el ámbito común con anterioridad a 1995, señalaba: «Los requisitos de la obediencia debida en la órbita del derecho militar no son distintos o diferentes a los exigidos en el derecho penal común». HIGUERA GUIMERÁ *Curso de derecho penal militar español, I, Parte general*, ob. cit., p. 351.

es tan solo una precisión que caía dentro de la remisión general a las eximentes del Código penal común del mismo artículo, utilizándose el mismo léxico de la antigua eximente del Código penal común de 1973 —«obrar en virtud de obediencia»—.

La defensa de la antigua eximente «de obediencia debida» como causa de justificación⁵⁹ —mayoritaria en los comienzos de los debates dogmáticos⁶⁰—. Sin embargo, chocó con el principio de unidad del ordena-

⁵⁹ Atribuyen a la antigua eximente de obediencia debida el carácter de causa de justificación: MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, 4ª edic., ob. cit., p. 503; CEREZO MIR, J., «Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor», *La eximente de obediencia debida en el Código penal español*, Santiago de Compostela: Servicio de publicaciones e intercambio científico, 1989, ps. 182 y 183 y *Curso de Derecho penal español, Parte General, II, Teoría Jurídica del delito/2*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 75; PACHECO, F. J., *Estudios de Derecho penal*, 4ª edic., Manuel Tello, Madrid, 1877, p. 76; QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho penal. Parte general*, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 513; CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal*, ob. cit., ps. 393 y ss., [autor que al igual que JIMÉNEZ DE ASÚA, rectificó posteriormente inclinándose a admitir el carácter exculpante de la eximente], PUIG PEÑA, F., *Derecho Penal*, 2ª edic., tomo I, Barcelona, 1950, ps. 336 y ss.; DEL ROSAL, *Tratado de Derecho Penal Español-PG*, vol 1, 2ª edic. Revisada y corregida por COBO, 2 ed, Madrid, 1976, p. 853; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español, Parte General*, 9ª edic., ob. cit., ps. 548 y ss; LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, 1978, p. 117, nota 466; CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, 3ª edic., Dykinson, Madrid, 2002, p. 899; RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Compendio de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 192; PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «Reflexiones críticas sobre el alcance de la exención «por obediencia debida» [...]», ob. cit., p. 320; MUÑIZ VEGA, G., «La eximente de obediencia debida en el Derecho penal militar» ob. cit., p. 160; SOLER, S., *Derecho penal argentino*, 2ª reimposición, tomo I, Buenos Aires, 1953, ps. 386 y ss; QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, ob. cit., p. 393; SILVELA, L., *El Derecho Penal. Estudiado en principios y en la legislación vigente en España*. 1ª Parte, 2ª edic. Madrid, 1903, ps. 137 y 138; o ALIMENA, B., *Principios de Derecho Penal*. ob. cit., 1915. p. 119. En Alemania, VON HIPPEL, R., *Deutsches Strafrecht*, 2ª parte, Berlín, 1930, ps. 262 y ss.; GÜNTHER JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, [trad., CUELLO CONTRERAS, J. y SERRANO GÓMEZ DE MURILLO, J. L.], 2ª edic., Marcial Pons, Madrid, 1997 p. 553; GÜNTHER STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general. El hecho punible*, [trad., CANCIO MELIÁ, M., y SANCINETTI, M. A.], Thomson/Civitas, Navarra, 2005, p. 217; CLAUS ROXIN, *Derecho penal. Parte general, Tomo I. Fundamentos, la estructura de la Teoría del delito*, [trad., LUZÓN PEÑA, D., DÍAZ, M., GARCÍA CONLLEDO y DE VICENTE REMESAL, J.], Civitas, Madrid, 1997, p. 744 o HANS-HEINRICH JESCHECK, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, [trad., OLMEDO CARDENETE, M.], 5ª edic. Comares, Granada, 2002, p. 355. Debe advertirse que no todos estos autores entendían que era obligatorio un mandato de contenido antijurídico por lo que algunos la consideraban la eximente causa de justificación, pero solo porque se referían a mandatos de contenido no antijurídico siendo por tanto superflua en su opinión.

⁶⁰ Apenas comenzado el siglo XX, la obediencia jerárquica se concibe como una causa de justificación que descarga al que la debía de las consecuencias penales del acto ejecutado por orden de quien pueda exigirle: BERNALDO DE QUIRÓS, en voz «Obediencia debida», *Enciclopedia Jurídica Básica*, Seix, Barcelona, 1915, p. 549. I.

miento jurídico pues hablar de deber y de orden antijurídica implica una contradicción de difícil solución⁶¹. Además las posiciones justificantes no hacían otra cosa que moverse en el terreno de la eximente de cumplimiento de un deber que se aplicaba a las órdenes vinculantes. Esto no parecía ajustarse coherentemente al principio de vigencia o validez de las normas⁶² puesto en relación con la idea del legislador racional⁶³, obligando a confinar a la antigua eximente «de obediencia debida» en la franja de cumplimiento de órdenes no vinculantes⁶⁴, so pena de no otorgarle espacio ni validez en el sistema⁶⁵. En esta franja no cabía hablar de cumplimiento de un deber y la antigua eximente «de obediencia debida» se abría a otros posibles fundamentos.

⁶¹ RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Revista Española de Derecho Militar*, Ministerio de Defensa, Madrid, N° 3, Enero-junio, 1957, p. 32.

⁶² No en vano HANS Kelsen subraya: «Por «validez» entendemos la existencia específica de las normas. Decir que una norma es válida equivale a declarar su existencia —lo que es lo mismo— a reconocer que tiene «fuerza obligatoria» frente a aquellos cuya conducta regula. Las del derecho son normas en cuanto tienen validez»: HANS Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, traducción de GARCÍA MÁYNEZ, E., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995, p. 35.

⁶³ ALMOGUERA CARRERES anota: «la lógica del ordenamiento remite a la idea del legislador racional, y a la consideración (que tiene carácter regulativo) de que el legislador no comete errores del tipo de repetirse o dictar normas superfluas. Esta especie de postulado se traduce en que los juristas se esfuerzan por establecer, a pesar de todo, diferencias entre las normas redundantes. Ya que el legislador no puede equivocarse, la coincidencia de las dos normas en el ordenamiento es sólo aparente: hay que profundizar en el examen de ambas normas para mostrar su carácter diverso»: ALMOGUERA CARRERES, J., *Lecciones de Teoría del Derecho*, 2ª Edición, Reus, Madrid, 1999, ps. 312 y 313.

⁶⁴ RODRÍGUEZ RAMOS, apunta: «Y en efecto, una interpretación sistemática, respetuosa con el principio de economía de las normas, parece que debe circunscribir el ámbito de la obediencia debida a todos o algunos de los supuestos de órdenes con contenido antijurídico»: RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, ob.cit., p. 190.

⁶⁵ MORILLAS CUEVA señala: «en abstracto el *nomen iuris* con el que nuestro Código denomina la circunstancia 12 del artículo 8º parece referido en su interpretación más estricta a la orden lícita [...]. mantener esta idea de forma excluyente aboca a reconocer la total ineficacia de la obediencia debida y su configuración como una institución técnicamente sobrante en el Código penal. No parece ser éste el objeto del legislador pues parecería absurdo. El principio de vigencia de las normas que es absolutamente primario en la interpretación, apremia a dotar de contenido las instituciones que como la obediencia debida, están tipificadas en la ley penal con autonomía; y mal se consigue este logro si se piensa en la eximente como una reiteración de la del cumplimiento de un deber»: MORILLAS CUEVA, C., *La obediencia debida, aspectos legales y político criminales*, ob. cit., ps. 66 y 67. ALMOGUERA CARRERES, J. comenta en relación a las redundancias jurídicas —cuando hay dos normas que se repiten—: «[...] mediante la interpretación, los juristas se esfuerzan en establecer diferencias entre las normas. Y ello no puede dejar de afectar a su aplicación, en primer lugar porque generalmente, esta diferenciación se consigue asignando ámbitos de validez a cada norma [...]. En segundo lugar porque, una vez lograda esta atribución de ámbitos distintos, los supuestos sobre los que se aplicarán serían igualmente distintos [...]»: ALMOGUERA CARRERES, J., *Lecciones de Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 313.

Otro tanto ocurría con las posturas que entendían la antigua eximente como causa de inculpabilidad fundada en la inexigibilidad de otra conducta. En ellas, la eximente del artículo 8.12 del Código penal de 1973 eximía dado que ante el temor a una sanción disciplinaria, reprensión o cualquier otra circunstancia que constriña la voluntad del subordinado cualquier hombre ante las mismas circunstancias hubiera obrado lo mismo. Sin embargo, también aquí se invadían otras eximentes como el miedo insuperable y el estado de necesidad.

En mi opinión, la naturaleza que mejor se adecuaba a la antigua eximente de «obediencia debida» era la de una causa de exculpación fundada en el error de prohibición solo aplicable a los supuestos de creencia errónea de la licitud del mandato por parte del subordinado. FERRER SAMA⁶⁶ y ANTÓN ONECA⁶⁷, primeros precursores en España de la teoría del error, afirmaron que cuando la acción ejecutada por el inferior que obedece órdenes de sus superiores es una acción injusta, si se exime de responsabilidad es en atención al error en que incurrió al estimar que debía obedecer la orden recibida; JIMÉNEZ DE ASÚA⁶⁸, estima que la obediencia jerárquica, no es otra cosa que un error suscitado por el que manda en virtud de sus atribuciones y en la forma debida, por lo que resulta ese error invencible para el obligado a obedecer y CUELLO CALÓN⁶⁹, con relación a los mandatos ilegítimos, distingue los mandatos ilegítimos cuya ilegitimidad es conocida por el subordinado, en cuyo caso éste responde por una actuación ilegítima y aquellos supuestos en los que el subordinado cree de buena fe que el mandato u orden es legítimo a pesar de no serlo en realidad, en cuyo caso el subordinado actúa amparado por una causa de exclusión de la culpabilidad por vía del error que excluía en su opinión el dolo y la criminalidad de su conducta⁷⁰.

En cuanto a la jurisprudencia, tras sostener durante la vigencia del anterior Código penal un criterio mixto, fundando la antigua eximente del artículo 8.12 del Código penal de 1973 en el error y en la inexigibilidad de otra conducta, desde 1995 se ha inclinado finalmente hacia la causa de inculpabilidad por medio del error del subordinado acerca de la licitud⁷¹.

A diferencia de las reglas del error penal del antiguo tercer párrafo del artículo 6 bis a) –hoy artículo 14.3 del Código penal común– la eximente

⁶⁶ FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código Penal*, ob. cit., p. 254.

⁶⁷ ANTÓN ONECA, *Derecho penal, Parte General*, ob. cit., p. 274.

⁶⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, ob. cit., p. 808.

⁶⁹ CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal*, ob. cit., ps. 399 y 400.

⁷⁰ También de la misma opinión ANTÓN ONECA, *Derecho penal, Parte General*, ob. cit., p. 274.

⁷¹ Sentencias de 30 de enero, de 3 de febrero y de 19 de mayo de 1995, de 24 de junio de 1997, y de 11 de enero, de 29 de julio y de 16 de octubre de 1998, todas ellas de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

se había de concebirse como un tratamiento especial de error de prohibición⁷² en el sentido de que tanto vencibilidad como invencibilidad recibían el mismo tratamiento: exoneración completa de responsabilidad. Esta solución se fundamenta en el hecho de que la subordinación tutelada por la ley y por el propio Estado termina de vencer la resistencia cognoscitiva de quien, de ser ajeno a dicha situación, hubiera tenido mejor posibilidad de conocer la ilicitud de la orden.

Esta toma de postura, resulta además avalada por nuestro Derecho histórico⁷³, por el Derecho positivo vigente al tiempo de persistir la eximente autónoma⁷⁴, por el Derecho comparado⁷⁵, por la Jurisprudencia⁷⁶ y por la doctrina⁷⁷.

⁷² El error de prohibición se regula en el apartado 3 del artículo 14 del vigente Código Penal al señalar: «El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados».

⁷³ No podemos olvidar que la regulación del error penal se introduce en nuestro Ordenamiento Jurídico a través de la reforma operada por la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio. Por tanto, con anterioridad a dicha reforma y a falta de la figura del error penal, la eximente de obediencia debida fundada en el error era capaz de resolver los casos de error vencible sobre la legalidad de la orden. QUINTERO OLIVARES explica que la eximente de obediencia debida ha existido durante mucho tiempo sin que hubiera una regulación legal del error, que tan necesaria se mostraba, y tan importante era para este problema concreto: QUINTERO OLIVARES, G., *Obediencia jerárquica en el Derecho penal*, Valparaíso, 1969, p. 516.

⁷⁴ La base legal de la exégesis aquí defendida se asienta en el principio de vigencia de las normas puesto en relación con los artículos 8.11 y 6 bis a) del anterior Código penal, preceptos que llevaban al desalojo de la eximente en nuestro Derecho. Con dicha base legal la eximente recupera un espacio real y efectivo y permite, parafraseando a RIVACOBÁ, «comprender y por lo tanto aplicar mejor y sencillamente la ley, sin superabundancias ni repeticiones»: DE RIVACOBÁ y RIBACOVA, M., *La obediencia jerárquica en el Derecho penal*, ob. cit., p. 112.

⁷⁵ Así, por ejemplo en Alemania se da entrada a la posición que aquí se defiende a través de su Código penal internacional de 26 de julio de 2002 VStGB o el § 5.1 del Código penal alemán, (WStGB) que dice que sólo es culpable el subordinado cuando *reconoce que se trata de un hecho antijurídico o si esto es manifiesto de acuerdo a las circunstancias por él conocidas*, por lo que el error sobre el carácter antijurídico de una conducta ordenada es tratado de forma menos severa que en caso de un error de prohibición ordinario en el sentido de que, como señala FELIP i SABORIT el militar que actúa cumpliendo órdenes cuya antijuridicidad no es evidente queda exento de toda pena, sin necesidad de que su error llegue al extremo de ser inevitable, como sucede normalmente: FELIP i SABORIT, D., *Error Iuris. El conocimiento de la antijuridicidad y el artículo 14 del Código penal*, Atelier, Barcelona, 2000, ps. 236 y 237.

⁷⁶ Así se deduce del Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de abril de 1935, seguida por sentencias posteriores como las de 23 de junio de 1973, de 22 de mayo de 1974, de 19 de mayo de 1995, de 10 de febrero de 1995, etc.

⁷⁷ Se ha dicho que la obediencia debida se podía salvar asignándole la función de reforzar la invencibilidad del error: RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Código penal comentado*, ob. cit., p. 55; y que en los casos de vencibilidad de error sobre la legalidad de la orden,

Las especialidades propias del ámbito militar no presentan dificultades a la hora de aplicar dicho modelo a la órbita militar. La inexistencia de obediencia ciega en el ámbito militar lleva a que el deber de examen de la orden no se suprima nunca, ni siquiera en la orden «aparentemente legal» pues la fidelidad del inferior se sigue debiendo a la ley y no a la persona del superior. Los artículos 9.1 y 103.1 de la Constitución⁷⁸, someten toda actuación de la administración pública a la juricidad sin excepciones, y el subordinado debe examinar siempre la orden. Si tras el examen el subordinado advirtiera que la orden es ilegal, no debe ejecutarla, y si por el contrario no repara en que es ilegal a pesar de serlo, no se le reprocharía su error aunque fuera vencible.

Es más, esta solución encaja enteramente en el campo militar pues permite amparar el principio de jerarquía en el margen en que éste debe de regir⁷⁹. Al liberarse al subordinado de responsabilidad cuando su error es sólo vencible, se relaja el deber de conocer la ilegalidad, se alienta a la obediencia y se refuerza el principio de jerarquía, y todo ello, teniendo presente que fuera de la ley no cabe principio de jerarquía sino en todo caso obediencia excusable.

Además, cabe añadir otros argumentos adicionales y propios del hecho diferencial militar que ahondan en lo anterior.

1. En el terreno del Derecho histórico militar, la utilización de la eximente de obediencia debida militar para solucionar casos de error no es algo novedoso. Con anterioridad a la reforma del Código penal común de 1983 con la que se introdujo la figura del error penal, el Código de Justicia Militar de 1945 que no recogía los casos de error ni de miedo insuperable, hacía de la amplia fórmula de la eximente de la obediencia debida que recogía el nº 12 del artículo 185 de dicho texto militar, un medio de salvar

y mientras no se tenga la evidencia de la contrariedad a Derecho, puede invocarse la eximente, resultando en dichos casos la infracción del deber de cuidado suprimido o al menos claramente disminuido: CÓRDOBA RODA, J., y RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código penal*, Tomo I, Ariel, Barcelona, 1976, p. 404.

⁷⁸ El artículo 9.1 de la Constitución española dice: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico» y que el artículo 103.1 añade: «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa [...] con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho».

⁷⁹ «No se trata de que el inferior pueda en cualquier circunstancia *discutir* la orden que se le da, lo que rompería el principio de jerarquía administrativa, —dice MORILLA CUEVAS, sino de examinar, en todo caso su legalidad». MORILLAS CUEVA, C. *La obediencia debida, aspectos legales y político criminales*, ob. cit., p. 98. No estoy de acuerdo con MIR PUIG *Derecho penal Parte general*, 7ª edic., ob. cit., p. 495— para quien este persistente deber de examen interrumpiría constantemente el ejercicio de la función pública.

la laguna legal que implicaba dicha falta de regulación⁸⁰. El que hoy sean de aplicación al ámbito militar las reglas generales del error no obsta a la afirmación de que en su momento el legislador militar ha considerado ocupar a la eximente resolviendo la casuística penal del error de prohibición.

2. En cuanto al Derecho positivo, el Preámbulo de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar señala: «El problema de la obediencia se resuelve al margen del viejo concepto de una ciega obediencia para exigir al inferior que obedece una especial diligencia para que sus actos no comporten la manifiesta comisión de ilicitudes», es decir, la eximente se mueve entre dos límites:

1.1. Rechazada la obediencia ciega, no le aprovechará la eximente al subordinado si conocía la ilegalidad de la orden.

1.2. Excluida la eximente en los actos que comporten la manifiesta comisión de ilicitudes, la notoriedad criminal se erige en otro límite que impide apreciar la eximente.

Dentro de estos límites objetivos, la eximente aprovecha al subordinado tanto en el tramo de la invencibilidad como en el de la vencibilidad del error. Esto además resulta incuestionable si tenemos presente que si dejamos que las reglas del artículo 14 del Código penal común tengan su normal aplicación a las órdenes ilegales no notorias en el ámbito militar, la consideración al carácter manifiestamente ilegal de la orden como límite normativo al error se volvería perversa puesto que la previsión del último inciso del artículo 21 del Código penal militar, lejos de actuar como eximente, actuaría paradójicamente empeorando la situación del subordinado, ya que en vez de eximir, solo actuaría excluyendo la aplicación de las reglas del error en el espacio de órdenes manifiestamente ilegales.

3. También juega a favor del fundamento de la eximente en el error de prohibición el hecho de que en el Código penal militar abunden delitos formales que no conllevan ilicitud manifiesta⁸¹ o incluso de naturaleza políti-

⁸⁰ RODRÍGUEZ DEVESA señalaba: «Pero desde otro punto de vista la fórmula legal no deja de ser un acierto intuitivo del legislador, dado que en estado de la doctrina cuando se promulgó el Código, porque no existiendo en él precepto alguno sobre el error [...] la redacción del núm. 12 del art. 185 viene a permitir a los Tribunales castrense corregir aquella laguna y excesivo rigor, dando justa solución a los casos en que no siendo obligada la obediencia a órdenes de los superiores (e incluso siendo obligada la desobediencia por tratarse de la comisión de un delito o falta), las circunstancias dan lugar a que el inferior ejecute la orden en la equivocada creencia de que está obligado a obedecerla [...]»: RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., «La obediencia debida en el Derecho penal militar», ob. cit., p. 49.

⁸¹ JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ señala que la nota de severidad del Código penal militar, está en la incriminación especial y aún rigurosa de actos que, desde la óptica común, pueden parecer no muy trascendentales (pequeñas negligencias o ignorancias de deberes técnicos,

ca⁸². La tipificación de estos delitos militares se debe más al desvalor del resultado⁸³ que al desvalor de la acción atendida la escasa relevancia de éste⁸⁴, haciendo que muchas conductas típicas militares sean conductas formales.

4. También la jurisprudencia militar albergó esta solución aplicando la exigente a las dudas sobre la ilegalidad de la orden obedecida por el subordinado y no la teoría general del error⁸⁵ y afirmando rotundamente que, en el ámbito militar, el que obedece, no actúa con su propio raciocinio y por su capacidad de querer, sino que se halla bajo el influjo de un error esencial supuesto que cree equivocadamente que se le manda un acto justo⁸⁶.

5. En cuanto a la doctrina, cabe citar a RODRÍGUEZ DEVESA⁸⁷ que ya hablaba de una presunción del error en el subordinado si la actitud de este era la de obedecer la orden ilegal: «Si obedece, podrá presumirse el error, pero en definitiva será el Consejo de Guerra que lo juzgue quien decidirá si la obediencia lo exime o no». Además, este fundamento exculpan- te basado en un presupuesto normativo de error de prohibición invencible, ha venido ganando mayor número de adeptos en tiempos recientes dando respuesta satisfactoria a propuestas ofrecidas por autores como PIGNATE-

exigencias en la prestación del servicio de centinela etc.) JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, F., *Introducción al Derecho penal militar*, CIVITAS, Madrid, 1987, p. 205.

⁸² La jurisprudencia afirma que en el *error iuris* o error de prohibición, impera el principio *ignorantia iuris non excusat*, no permitiendo conjeturar o invocar tales errores en infracciones de carácter natural o elemental, cuya ilicitud es «notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada» [Sentencia de la sala Segunda del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1986 con cita de otras sentencias como la de 26 de mayo y de 7 de julio de 1987, etc.], en tanto que de delitos formales y de creación artificial se trata habrán de tenerse en cuenta, de un lado las condiciones psicológicas y de cultura del infractor y de otro las posibilidades que se le ofrecieran de instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que le permitieran conocer la trascendencia jurídica de su obrar.

⁸³ «El legislador, para tipificar cualquier figura delictiva ha de determinar el bien jurídico que se busca proteger bajo diferentes consideraciones de política criminal teniendo en cuenta la norma de valoración que en el plano objetivo se proyectaría sobre la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y que siguiendo a CEREZO MIR, J., daría lugar a su vez a una norma de determinación en cuya infracción consistiría el injusto. La tipificación de los delitos militares adquiere su sentido último en la esfera de la antijuridicidad material, antijuridicidad que se refiere a la ofensa del bien jurídico que la norma quiere proteger, a la lesión en la eficacia de las Fuerzas Armadas, es decir, al desvalor del resultado», F. J. HERNÁNDEZ SUÁREZ-LLANOS, «Estudio criminológico del delito de abandono de destino o residencia del militar profesional. interacción de la psiquiatría forense», *REDM*, N° 82 (Julio-Diciembre 2003), p. 120.

⁸⁴ Véase en este sentido, HERNÁNDEZ SUÁREZ-LLANOS, F. J., «Estudio criminológico del delito de abandono de destino o residencia del militar profesional. interacción de la psiquiatría forense» ob. cit., p. 121.

⁸⁵ Sentencia de 3 de junio de 1982 del Tribunal de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar.

⁸⁶ Véase Sentencia de Sala Segunda del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1983.

⁸⁷ RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., «La obediencia debida en el derecho penal militar», ob. cit., p. 47.

LLI Y MECA⁸⁸ que señala que en el ámbito de la obediencia jerárquica: «[...] la solución acaso pueda encontrarse en la elaboración de una causa de exculpación específica, próxima al error de prohibición, donde se especifiquen sus límites y se establezca una presunción *iuris tantum* a favor del que actúa en virtud de obediencia jerárquica», o PÉREZ DEL VALLE⁸⁹ que considera adecuada la acogida en el Código penal militar de una técnica similar a la de la Ley penal militar alemana de 1974, abogando por introducir en el Código penal militar, un régimen especial para el error del subordinado donde, el error sobre el carácter antijurídico de una conducta ordenada es tratado de forma menos severa que en caso de un error de prohibición ordinario.

6. Por último, el fundamento de la exculpación de la obediencia a órdenes ilegales en el error ha sido adoptado en el ámbito del Derecho militar comparado⁹⁰ y en el Derecho internacional⁹¹.

3.2.2. Formulación de la eximente del último inciso del artículo 21 del Código penal militar

Recordando, el último inciso del artículo 21 del vigente Código penal militar aparece redactado del siguiente modo: «No se estimará como eximente ni atenuante el obrar en virtud de obediencia a aquella orden que entraña la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las Leyes o usos de la guerra o constituyan delito en particular contra la Constitución». Esta redacción exige aclarar previamente los extremos que dificultan su comprensión.

⁸⁸ PIGNATELLI Y MECA, F.: *La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español, Consideraciones sobre el Capítulo III del Título XXIV del Libro II del Código penal*, ob. cit., p. 217.

⁸⁹ PÉREZ DEL VALLE, C., «La desaparición de la obediencia debida en el Código penal y su efecto en el Derecho penal militar», *El derecho penal y procesal militar ante la reforma de las normas comunes, Consejo General del Poder Judicial*, ob. cit., ps. 277 y 278.

⁹⁰ Artículo 9 de la Ley disciplinaria de Dinamarca; artículo VI del Código de Justicia Militar de México; apartado 44 de la Ley de Conflictos Armados de Sudáfrica; artículo 916d) del United State Manual for Courts Martial; artículo 5 del Código penal militar de Alemania; artículo 43 del Código penal de Holanda que rige también en el ámbito militar y también podrían citarse Suiza, Egipto, Etiopía, Irak, Luxemburgo, Polonia, Eslovenia, Yemen, etc..

⁹¹ El Derecho penal internacional más recientemente codificado regula el problema de la exención por obediencia jerárquica en el artículo 33 del Estatuto de la Corte Penal Internacional como tratamiento especial del error de prohibición en el ámbito de los crímenes de guerra y de agresión-.

a.1. «No se estimará ni como eximente ni como atenuante»

Esta expresión, jugaría ofreciendo un tratamiento menos benévolo al obediente ilegal en la esfera militar. Sin embargo, esta diferencia respecto de la eximente autónoma que quedó suprimida en el ámbito común, es meramente teórica pues reiterada jurisprudencia ha rechazado la aplicación de la obediencia eximente como atenuante de eximente incompleta en el ámbito común y no solo mediante el criterio utilizado inicialmente por el Tribunal Supremo de aplicar el antiguo artículo 9.1⁹², sólo a las que el legislador les enumeraba los requisitos, sino también bajo el hecho de que cuando la jurisprudencia reconoce la eximente incompleta por la ausencia de los requisitos a que no hemos venido refiriendo a lo largo de este estudio, —relación de subordinación, legitimidad del mandato etc.— conjuntamente con un exceso de obediencia, lo hace muy raramente como destaca la doctrina⁹³.

a.2. «Actos que manifestamente sean [...]»

En cuanto al alcance del adverbio de modo «*manifestamente*», la redacción del artículo 21 del Código penal militar no permiten avanzar nada sobre si se refiere solo a los actos contrarios a las Leyes o usos de la guerra o también a los que constituyan delito.

Sin embargo, por «*manifestamente*» ha de entenderse también los actos que constituyan delito. Al margen del sentido gramatical del texto⁹⁴, parece la interpretación más adecuada a la voluntad del legislador reflejada en el preámbulo de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar que hace hincapié en la desobediencia cuando la orden com-

⁹² El apartado 1º del artículo 9 del anterior Código penal común establecía: «Son circunstancias atenuantes: 1º Las expresadas en el Capítulo anterior, cuando no concurrieren los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos».

⁹³ MORILLAS CUEVA, C., *La obediencia debida, aspectos legales y político criminales*, ob. cit., p. 170 o QUERALT, que comenta: «La eximente incompleta tiene pocas posibilidades fácticas de ser apreciada, pues sólo defectos en la competencia funcional la permitirá [...]», QUERALT I JIMÉNEZ, J. J., *La obediencia debida en el CP, análisis de una Causa de Justificación*, BOSCH, Barcelona, 1986, p. 465.

⁹⁴ Renuncio a abordar complicadas fórmulas gramaticales que aunque a algunos autores sirven para pronunciarse al respecto, —véase MORILLAS CUEVA, *La obediencia debida, aspectos legales y político criminales*, ob. cit., p. 198— sólo conducen a una dialéctica estéril que lejos de clarificar el problema, lo distrae de un enfoque adecuado y realista.

porte la *manifiesta comisión de ilicitudes*⁹⁵. Además, dicha interpretación resulta avalada por la jurisprudencia⁹⁶, por los precedentes del Derecho comparado que indudablemente ejercieron un claro influjo en la redacción del mismo⁹⁷, a la evolución más reciente del Derecho internacional penal y en particular las exigencias de interpretación jurídica que nacen de la vigencia del artículo 33 del Estatuto de Roma⁹⁸.

En mi opinión, una orden resulta manifiestamente ilegal en el ámbito castrense cuando el subordinado no tiene que hacer ningún esfuerzo para reparar en su legalidad porque no lo necesita: la orden es ilegal directamente a la vista del subordinado. Si tuviera que hacer ese esfuerzo, es decir, si tuviera que hacer un análisis o juicio situacional atendiendo a las circunstancias concurrentes y a las consecuencias que pudieran seguir a su obediencia⁹⁹, la orden no podría reputarse, manifiestamente ilegal.

La *remonstratio*, o derecho del subordinado a hacer valer ante el superior las dudas que pudiera tener respecto de la procedencia del cumplimiento de la orden, no es necesariamente indicio de orden manifiestamente ilegal, pues como señala MIR PUIG¹⁰⁰, «Pero es que además, la duda excluye por definición el requisito de que sea «manifiesta» la criminalidad de la orden. Requisito que impone la certeza —no la simple opinión o creencia— sobre el carácter delictivo de la misma».

⁹⁵ De la misma opinión, CALDERÓN SUSIN, E., *Comentarios al Código penal militar*, ob. cit., p. 417 y MUÑIZ DE VEGA «La eximente de obediencia debida en el Derecho penal militar», ob. cit., p. 146. DÍAZ PALOS F., voz «Obediencia debida», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, ob. cit., p. 760. RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español, Parte General*, Edic., Dykinson, Madrid, 1985, p. 551. MILLÁN GARRIDO, A., «Consideraciones sobre las modificaciones introducidas en las leyes penales militares por la ley orgánica 9/80, de reforma del Código de Justicia Militar», en *Revista de Derecho Público*, n° 87, Madrid, 1982, ps. 289 y ss. En contra, MORILLAS CUEVA, C. *La obediencia debida, aspectos legales y político criminales*, ob. cit., p. 198.

⁹⁶ La Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1992 señala: «el ordenamiento militar; debiendo sujetarse sus miembros, en su actuación profesional, a los principios de jerarquía y subordinación -aunque en ningún caso la obediencia debida podrá amparar órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito o sean contrarios a la Constitución o a las Leyes».

⁹⁷ MUÑIZ VEGA, G., «La eximente de obediencia debida en el Derecho penal militar», ob. cit., p. 146.

⁹⁸ Que recoge en el apartado 1º del artículo 33 como requisito a la apreciación de la eximente de obediencia debida: c) *La orden no fuera manifiestamente ilícita*.

⁹⁹ Los juicios situacionales son a menudo requeridos por ejemplo cuando un militar debe elegir entre sistemas de armamento con diferentes grados de destrucción. Algunas armas pueden causar un mayor daño colateral a no combatientes que otras armas y sin embargo ser capaces de alcanzar el mismo objetivo militar.

¹⁰⁰ MIR PUIG, S., *Derecho penal, parte general*, PPU, Barcelona, 1984, p. 434.

¿Para quién ha de reputarse una orden manifiestamente ilegal?. Atendiendo a las peculiaridades de la guerra y a las corrientes más aceptadas en el Derecho internacional, habrá que estar al criterio objetivo del hombre razonable, entendiendo por tal el que posee la común de las conciencias, la más elemental humanidad y la noción de legalidad universalmente conocida por todos¹⁰¹. En este caso por legalidad conocida por todos habría que entenderla circunscrita a los delitos militares, pues a ella se circunscribe la eximente autónoma de obediencia militar.

Por último, la eximente no aprovechaba al ejecutor obediente en los casos de incumplimiento total o sustancial de los requisitos formales y competenciales de la orden ya que en tal caso la orden devenía manifiestamente ilegal¹⁰².

a.3. «Usos de la guerra»

Con dicha locución España rinde tributo a la corriente internacional subsiguiente a la segunda Guerra Mundial que trató de impedir la impunidad de los crímenes de guerra, acontecidos en la citada contienda¹⁰³.

Pues bien, la mención a los actos contrarios a las leyes y usos de la guerra, es superflua, pues si no son delictivos son irrelevantes al Derecho penal

¹⁰¹ MARK J. OSIEL, *Obeing Orders*, Transaction Publishers, New Brunswick (EE. UU), y London (UK), 2005, p. 79. Este autor señala como elementos de la ilegalidad manifiesta frente al hombre razonable: Cuando la prohibición es excepcionalmente clara; cuando resulta muy probable que origine graves consecuencias a las personas o cuando transgrede procedimientos habituales en la emisión y transmisión de las órdenes.

¹⁰² PIGNATELLI Y MECA, señala: «No hay base para la exculpación si no se han cumplido los requisitos formales de la orden (emanar de un superior, referirse al servicio y revestir la forma adecuada) o si el inferior sabe que faltan los requisitos materiales de la orden vinculante porque su ejecución entraña un delito, radicando los límites del efecto exculpativo de una orden no vinculante en que sólo puede eximir de responsabilidad si el subordinado creyó que la orden era vinculante y era posible considerarla así». PIGNATELLI Y MECA, F., *La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español*, ob. cit., p. 216. La *forma adecuada* que debe revestir la orden y el problema del error tienen una particular vinculación y así lo ha entendido la doctrina y jurisprudencia desde hace mucho tiempo, como señala PUIG PEÑA: «si la orden no está revestida de las formalidades legales, no puede inducir a error acerca de su legalidad. Es por eso que el Tribunal Supremo ha declarado que es un elemento sustancial del delito y su exigencia legal es imprescindible (22 enero 1891)»: PUIG PEÑA, F.: voz «Obediencia debida», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Francisco Seix, Tomo VII, Barcelona, 1955. p. 308. El incumplimiento de los requisitos formales de la orden vuelve a la actuación administrativa manifiestamente ilegal según J. PAREDES CASTAÑÓN, M., «Reflexiones críticas sobre el alcance de la exención «por obediencia debida» [...]», *Actualidad Penal*, N° 15, 1997, p. 334.

¹⁰³ DÍAZ PALOS, F., voz «Obediencia debida», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, ob. cit., p. 760.

y no habría nada que eximir y si lo son ya está previsto su castigo en la Ley penal bajo la locución *o constituyan delito*. PIGNATELLI Y MECA¹⁰⁴ explica que «a los actos contrarios a las leyes y usos de la guerra y a los delitos contra la Constitución respecto a los demás que constituyan delito, parece, a más redundante, por contraponer al género delito estas dos especies de delitos, carente de toda técnica, pues aquellos actos contrarios a los Instrumentos en que se contiene el Derecho de los conflictos armados, y en los que España es Parte, aparecen incriminados como delito en nuestro Derecho, bien hoy en el CP, bien aun ya en 1985, en el CPM».

a.4. «En particular contra la Constitución»

La expresión *en particular contra la Constitución*¹⁰⁵, tampoco afecta al alcance y contenido de la regulación de la obediencia en el ámbito militar. En principio, no podría tener otra comprensión que la necesidad de reforzar de alguna manera la protección de bienes jurídicos considerados especialmente vitales, tales como los vulnerados en los supuestos de delitos de rebelión, delitos contra la corona, delitos contra las instituciones de Estado y la división de poderes, delitos relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, todos ellos recogidos en el Título XXI del Libro II de la parte especial del Código penal común, que reza: *delitos contra la Constitución*.

Pero en cualquier caso dicha expresión resulta redundante y carente de todo rigor técnico pues en el Código penal militar no aparece una especie de delitos contrarios a la Constitución, y como advierte PIGNATELLI Y MECA¹⁰⁶, «circunscrito el ámbito de aplicación de la regla concerniente a la obediencia debida que se encierra en el inciso segundo del artículo 21 a los delitos militares quedarían fuera de su órbita aquellos delitos contrarios a la Constitución de los previstos en el CP que hubiera podido cometer un militar en cumplimiento de órdenes de un superior, que serían juzgados, en sede jurisdiccional ordinaria, con arreglo a las prescripciones del CP».

En definitiva, el alcance de la eximente formulada en el último inciso del artículo 21 del Código penal común, solo cubre los delitos militares no manifiestos, y a estos se aplicará la eximente con los efectos que conle-

¹⁰⁴ PIGNATELLI Y MECA, F., «El código penal militar: Perspectivas de «Lege Ferenda»», ob. cit., p. 121.

¹⁰⁵ La alusión destacada al precepto constitucional estaba ya, como vimos, en los textos penales ordinarios anteriores a la reforma de 1944.

¹⁰⁶ PIGNATELLI Y MECA, F., «El código penal militar: Perspectivas de «Lege Ferenda»», ob. cit., p. 121.

ve la naturaleza jurídica y fundamento que tenga asignada en el Derecho penal militar. En caso de desobediencia a estas órdenes se producirá la justificación para el subordinado respecto del delito de desobediencia del artículo 102 del Código penal militar.

3.2.3. Efectos de la eximente del último inciso del artículo 21 del Código penal militar

El fundamento de la eximente del último inciso del artículo 21 del Código penal militar la convierte en un tratamiento especial del error de prohibición que se presume «iuris et de iure».

Esta presunción del error lleva a la eximente autónoma de obediencia militar a generar un presupuesto normativo de error invencible que exculpa al subordinado en las órdenes no manifestamente ilegales salvo que se pruebe que conocía que estaba autorizado a desobedecer. Sin embargo, este esquema no varía del esquema del Código penal de 1973. En las órdenes manifestamente ilegales, el subordinado seguirá gozando de las reglas generales del error vencible e invencible del artículo 14 del Código penal común que se le aplicarán en toda su amplitud con la única especialidad de que en la realidad no será fácil que el error pueda apreciarse, dado el carácter manifestamente ilegal de la orden.

La aplicación de la eximente autónoma de obediencia militar del artículo 21 al igual que ocurría con la suprimida eximente de obediencia autónoma del artículo 8.12 anterior al Código penal común de 1995 lleva a la exención total de responsabilidad por la ejecución de acciones u omisiones típicas, antijurídicas pero no culpables.

Frente a estas acciones cabe la legítima defensa y el estado de necesidad¹⁰⁷, así como la colaboración punible de los partícipes según la opinión mayoritaria¹⁰⁸. El superior responderá por autoría mediata por el delito del subordinado inducido a error, habida la instrumentalización de quien inducido a error obedece la orden de cometer un delito¹⁰⁹, y en su caso, como

¹⁰⁷ CERESO MIR, J., «De los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia», *Revista de estudios penitenciarios*, Nº. 173, Abril-Junio, Madrid, 1966, p. 350, en el que hace un interesante estudio sobre el derecho de resistencia frente a los actos de los funcionarios; RIVACOBIA y RIVACOVA, M., *La obediencia jerárquica en el Derecho penal*, ob. cit., p. 150; MORILLAS CUEVA, C., *La obediencia debida, aspectos legales y político criminales*, ob. cit., p. 161.

¹⁰⁸ Además, cabe la participación de *extraneus*. Sobre esta cuestión puede verse: HIGUERA GUIMERÁ, *Curso de derecho penal militar español, I, Parte general*, ob. cit., ps. 374 y ss.

¹⁰⁹ CERESO MIR expone los supuestos de la autoría mediata según las diversas formas de dominio del hecho, incluyendo entre ellas el dominio del hecho induciendo a una persona a error o aprovechando su situación de error que puede tratarse de un error sobre

autor directo por el tipo penal que castiga directamente ordenar o mandar un concreto acto ilícito, siendo el Código penal militar prolijo en este tipo de delitos¹¹⁰ –doble imputación que se solucionaría con las reglas del concurso ideal de delitos–.

En cuanto a la responsabilidad civil, parecería obvio que siendo el subordinado solo inculpable debería soportar aquella responsabilidad, sin embargo, siendo responsable penal el superior a él se anuda, lógicamente, la responsabilidad civil que no queda así desatendida¹¹¹, debiendo responder, en mi opinión, subsidiariamente el subordinado de forma similar a

un elemento del tipo, sobre la antijuridicidad de la conducta o sobre la concurrencia de una causa de inculpabilidad, CEREZO MIR, J., «Curso de Derecho penal español. Parte General II. Teoría jurídica del delito/2», 2001, ob. cit., ps. 213 y ss. CEREZO MIR estima además que el dominio del hecho se da incluso si el error de prohibición es vencible CEREZO MIR, J., «Curso de Derecho penal español. Parte General II. Teoría jurídica del delito/2», 2001, ob. cit., p. 215; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, ob. cit., p. 808. En el marco de los aparatos organizados de poder, BARBERA FRAGUAS afirma que los supuestos de autoría mediata compatibles con la ejecución genocida, se pueden reducir a dos: dominio del hecho mediante la coacción y dominio del hecho mediante el error: BARBERÁ FRAGUAS, M., «Derecho Penal Internacional: genocidio y otros crímenes internacionales. Autoría y participación; la responsabilidad del superior jerárquico; autoría mediata», *Actualidad Penal* nº 11, marzo de 2002, p. 268. También defiende la autoría mediata del superior jerárquico cuando se induce error al subordinado mediante una orden ilegal, DÍAZ PALOS, F.: «En torno a la naturaleza jurídica de la obediencia debida» en *Estudios jurídicos en honor del profesor OCTAVIO PÉREZ-VITORIA*, Tomo I, BOSCH, Barcelona, 1983, p. 200.

¹¹⁰ Entre los delitos de los que puede responder el superior como autor directo por la conducta consistente en ordenar lo ilícito cabe citar del vigente Código penal militar español, el artículo 70: «El militar que empleare u ordenare emplear medios o métodos de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o daños superfluos será castigado con [...]», el artículo 78: «El militar que llevare a cabo o diere orden de cometer cualesquiera otros actos contrarios a las prescripciones de los Convenios internacionales ratificados por España y relativos a la conducción de las hostilidades, a la protección de heridos, enfermos o náufragos, trato de prisioneros de guerra, protección de las personas civiles en tiempo de guerra y protección de bienes culturales en caso de conflicto armado será castigado con [...]» y el artículo 139: «El militar que, en el ejercicio de sus funciones y sin causa justificada, empleare u ordenare ejercer contra cualquier persona violencias innecesarias para la ejecución de un acto de servicio que deba realizar u ordenare, permitiere o hiciere uso ilícito de las armas será castigado con [...]». Hay que diferenciar esta responsabilidad del superior de aquella otra que dimana del abuso de autoridad, toda vez que en ésta la infracción se consuma por el mero hecho de excederse de las atribuciones propias en los límites que señala la ley y que mantiene no obstante el deber de obediencia en el inferior, si atendemos al artículo 103 del Código penal militar que establece: «El superior que, abusando de sus facultades de mando o de su posición en el servicio, irrogare un perjuicio grave al inferior, le obligare a prestaciones ajenas al interés del servicio o le impidiere arbitrariamente el ejercicio de algún derecho será castigado con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión».

¹¹¹ DÍAZ PALOS, «En torno a la naturaleza jurídica de la obediencia debida» en *Estudios jurídicos en honor del profesor OCTAVIO PÉREZ-VITORIA*, ob. cit., p. 203.

como se regula la responsabilidad civil en el artículo 118.4 del Código penal común para el miedo insuperable.

4. RECAPITULACIÓN

1. El modelo de exención por obediencia recogido en el Código penal militar permite distinguir dos espacios diferenciados de responsabilidad penal de subordinado que obedece órdenes que mandan cometer actos típicos penales:

1.1. La obediencia debida, que se trata desde el artículo 20.7 del Código penal común que recoge la eximente de cumplimiento de un deber dada la cláusula general de remisión a las eximentes de este Código que establece el artículo 21 de Código penal militar.

1.2. La obediencia excusable, cuya problemática se trata desde la eximente autónoma de obediencia que se formula en el último inciso del citado artículo 21.

2. En cuanto a la obediencia debida, se ha comprobado como no cabe que las órdenes ilícitas puedan resultar vinculantes –no cabe hablar de mandatos antijurídicos obligatorios–. Además para que las órdenes sean vinculantes, se deben ajustar a los presupuestos exigidos desde el delito de desobediencia del artículo 102 del Código penal militar que las sirve de salvaguardia jurídica y a los demás presupuestos que permiten la aplicación de la eximente de cumplimiento de un deber del artículo 20.7 del Código penal común.

3. Sin embargo, la obediencia excusable militar pivota sobre la eximente autónoma de obediencia jerárquica del último inciso del artículo 21 del Código penal militar. La supresión de la antigua eximente de obediencia debida autónoma en el Código penal común, no ha afectado dicha eximente. Ciertamente Derecho penal militar y Derecho penal común participan de la misma dogmática y principios, lo que no impide que sean razones de política criminal las que apunten a un especial interés militar en que la obediencia militar a órdenes ilegales mantenga un tratamiento especial. Las peculiaridades de la guerra y de la disciplina que llevan a una férrea sujeción jerárquica en el Derecho militar español, conducen a reconocer la conveniencia de positivizar la eximente de obediencia debida ya desde las primeras regulaciones militares.

4. Sentado que la eximente pervive incólume en el ámbito militar a pesar de la supresión de su equivalente en el ámbito común, se ha demostrado que comparte la misma base dogmática que la antigua eximente del artículo 8.12

del derogado Código penal de 1973. Tras el análisis de esta eximente, que pervivió en nuestro derecho común durante 200 años y que generó abundante doctrina y jurisprudencia, vemos que es una causa de exculpación fundada en el error de prohibición cuyo espacio se acota a las órdenes no vinculantes, únicas en las que puede gozar de identidad propia. Si bien, a diferencia del antiguo artículo 8.12 del Código penal de 1973, la eximente en el ámbito militar solo alcanza a las órdenes ilegales de antijuricidad no manifiesta dado el límite normativo que el mismo artículo 21 señala en su redacción.

5. Por último, se ha comprobado que el modelo de obediencia eximente que trasciende en la eximente de obediencia jerárquica militar del segundo inciso del artículo 21 del Código penal se adecua a la problemática criminológica militar, se repite en el Derecho penal internacional más recientemente codificado y no difiere a grandes rasgos del Código penal común en el terreno de la política criminal.

EL ACCESO A LA JUSTICIA Y A LOS RECURSOS EN EL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

Isidro Fernández García

SUMARIO

I.- Planteamiento. **II.-** El acceso a la Justicia y el Derecho a los recursos como parte del Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva. 2.1. Doctrina general y contenido esencial. 2.2. Legitimación. 2.3. Concepto de indefensión. 2.4. El derecho a los recursos. **III.-** La acusación particular y la acción popular en el ámbito de la Jurisdicción Militar. 3.1. Antecedentes históricos. 3.2. La situación, tras la STC 179/2004, de 21 de octubre. 3.3. ¿Es posible la acción popular ante la Jurisdicción Militar? 3.4. La acusación particular y la acción popular en tiempo de guerra. **IV.-** El régimen de recursos en caso de sanciones por faltas disciplinarias leves y su adecuación a la Constitución. 4.1. Antecedentes históricos. 4.2. Legitimación constitucional de la potestad disciplinaria y de la competencia de la Jurisdicción Militar para conocer de la misma. 4.3. El recurso contencioso-disciplinario militar. El procedimiento preferente y sumario. 4.4. El objeto del recurso. El problema del recurso por faltas leves. Doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia de la Sala 5ª del Tribunal Supremo. 4.5. Posibles soluciones. El *habeas corpus* como tutela o medio de revisión jurisdiccional. **V.-** La figura del «imputado» en las diligencias previas de la Ley Procesal Militar. La parte pasiva del proceso. **VI.-** Conclusiones.

I. PLANTEAMIENTO

El objeto de este trabajo consiste en determinar las peculiaridades en el acceso a la justicia y a los recursos en el ámbito de la Jurisdicción Militar, analizando su legitimidad constitucional a la vista de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Derecho Fundamental a la tutela judicial

efectiva y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, fundamentalmente de su Sala 5ª.

Sentado este propósito, y, aunque ello no sea el objeto principal de nuestro análisis, no podemos perder de vista la misma naturaleza de la Jurisdicción a la que el justiciable pretende acceder o cuyas resoluciones aspira a recurrir, ya que de ello se derivará la plena aplicabilidad del art. 24 CE y, por ende del derecho de acceder a los Tribunales Castrenses y de impugnar sus resoluciones.

Por lo que hace, por tanto, a la naturaleza de la Jurisdicción Militar (insisto, a los solos efectos del objeto principal de este trabajo) debemos partir del art. 117.5 CE, del siguiente tenor literal: *«El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución»*. No resulta baladí la incardinación de este precepto en el Título VI CE, *«Del Poder Judicial»*, lo que lleva aparejadas determinadas consecuencias. Quizá la principal y determinante, en lo que a nosotros nos ocupa ahora, es la consideración de la Jurisdicción Castrense como una auténtica jurisdicción con todo lo que eso significa para el Constituyente de 1978. Una vez dicho esto, y examinado el art. 117.5 junto con el resto del articulado de la Norma Suprema y, particularmente del Título VI, hemos de convenir en la especialidad de la Jurisdicción Militar desde el punto de vista organizativo, personal y funcional, tal y como sostiene RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ¹. Especialidad de la Jurisdicción Castrense pero contemplada y, en cierto modo, institucionalizada por la misma Constitución al igual que sucede con la jurisdicción del Tribunal de Cuentas (art. 136.2 CE) y la del mismo Tribunal Constitucional (Título IX CE). Los órganos jurisdiccionales mencionados, junto con la Jurisdicción Militar, ejercen auténtica jurisdicción, aunque no incardinada en el Poder Judicial, constituyendo una excepción al principio de unidad jurisdiccional prevista por la misma Constitución. Y aunque la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (en adelante, LOCOJM) proclama en su art. 1 que la jurisdicción militar integra el Poder Judicial del Estado, lo cierto es que esa unidad solo se produce «en el vértice»², es decir, en la Sala 5ª del Tribunal Supremo. De manera que

¹ RODRÍGUEZ ZAPATA PÉREZ, J., «Jurisdicción Militar: aspectos penales y disciplinarios», Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2006, pág. 20 y ss.

² Así lo reconoce el propio Preámbulo de la LOCOJM al referirse a las *«dos jurisdicciones que integran el Poder Judicial»*. (El subrayado es mío).

los órganos judiciales militares (hasta la Sala 5ª del TS) conforman una organización distinta a la que integran los distintos órdenes jurisdiccionales de la jurisdicción ordinaria tanto en cuanto a su estructura orgánica cuanto al estatuto de los miembros de los Tribunales Castrenses (nombramientos, ascensos, régimen disciplinario y la pertenencia al Cuerpo Jurídico Militar) así como al gobierno de la Jurisdicción Militar. Consideradas estas especialidades, pese a la formal incardinación de la Jurisdicción Militar en el Poder Judicial del Estado (art. 1 LOCOJM), no podemos en mi opinión hablar de la Jurisdicción Militar como uno de los órdenes jurisdiccionales que integran la jurisdicción ordinaria. Y en ese sentido parece acertado RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ cuando afirma lo siguiente: «[...] no creo posible argumentar, todavía, que lo único que pretendía el constituyente, con la referencia a la jurisdicción militar del art. 117.5 CE que nos ocupa, habría sido garantizar la subsistencia de un orden jurisdiccional militar diferenciado del civil, penal, contencioso-administrativo o laboral dentro de la unidad del Poder Judicial [...]. Si lo que quería el constituyente era integrar la jurisdicción militar en la jurisdicción ordinaria no le hubiera sido necesario hacer referencia expresa alguna a la misma como una excepción al principio constitucional de unidad jurisdiccional, como no la hace –en el art. 117.5 CE– a los restantes órdenes jurisdiccionales»³. Respecto a la denominada por la LOCOJM «unidad en el vértice», la creación en el Tribunal Supremo de la Sala 5ª, de lo Militar por imperativo del art. 123.1 CE supuso la creación en el Alto Tribunal (pero solo en él) de un nuevo orden jurisdiccional : el militar. En este aspecto podemos seguir a JIMÉNEZ VILLAREJO cuando afirma que «la jurisdicción militar subsiste como jurisdicción especial en todos los niveles orgánicos inferiores a la Sala 5ª por lo que en ellos no se reduce a simple orden jurisdiccional. En la Sala 5ª, por el contrario, sí. Allí se disuelve la especialidad y la jurisdicción militar queda transmutada en orden jurisdiccional. [...] La idea de que, con la creación de la Sala 5ª del Tribunal Supremo, la jurisdicción militar se había transformado, en su más alto nivel y sólo allí, en un orden jurisdiccional que se adicionaba a los clásicos órdenes civil, penal, contencioso-administrativo y laboral, fue tempranamente acogida por la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo en los autos que dictó el 13 de julio de 1988»⁴.

³ RODRÍGUEZ ZAPATA PÉREZ, J., «Jurisdicción Militar: aspectos penales y disciplinarios», Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2006, págs. 23 y 24.

⁴ JIMÉNEZ VILLAREJO, J., *Constitución y Jurisdicción Militar*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1997, págs. 129 y 130.

Pero mantener la especialidad –orgánica fundamentalmente– de la Jurisdicción Militar no significa que ello por sí solo implique ausencia o merma del Derecho Fundamental a la tutela efectiva (particularmente en lo relativo al acceso a la justicia y a los recursos) o del juez ordinario predeterminado por la ley que la Constitución exige de cualquier órgano jurisdiccional, incluidos los Tribunales Castrenses. Por otra parte, el art. 117.5 de la Norma Suprema ordena que en su ejercicio se respeten los principios de la Constitución, referencia, a mi entender, innecesaria dada la configuración realizada por la Constitución del ejercicio de la potestad jurisdiccional y de la inclusión de la referencia a la Jurisdicción Militar en el Título VI relativo al «*Poder Judicial*». De manera que, con arreglo a la Constitución de 1978, sería impensable, pues, la existencia de un órgano que ejerza potestades jurisdiccionales –perteneciente al Poder Judicial o no– que no se ajuste a los principios constitucionales, es decir, independiente, inamovible, responsable y sometido únicamente al imperio de la ley. Y del mismo modo resulta imposible jurídicamente que un órgano jurisdiccional (no olvidemos, órgano «constituido» por la Norma Suprema, se incardine o no en el Poder Judicial) no dé adecuada y plena satisfacción al ejercicio de los Derechos Fundamentales, particularmente a los contenidos en el art. 24 CE que, como veremos más adelante, se configuran como derechos de prestación por parte de los órganos jurisdiccionales.

Respecto a la debatida naturaleza de la Jurisdicción Militar resulta sumamente reveladora la STC 113/1995, de 6 de julio donde se realizan

Añade a continuación este autor (en ese momento, Presidente de la Sala 5ª del Tribunal Supremo) que, en relación a los conflictos entre el Consejo Supremo de Justicia Militar y la Sala 2ª del Tribunal Supremo que pendían ante la Sala de Conflictos de Jurisdicción, «[c]omo consecuencia de la desaparición del Consejo Supremo y la asunción de sus competencias penales por la Sala 5ª, aquellos conflictos pasaron a estar planteados entre esta Sala y la Sala 2ª. La Sala de Conflictos declaró que los conflictos planteados con anterioridad ya no eran de jurisdicción –porque la Sala 2ª y la 5ª del Tribunal Supremo no pertenecen a jurisdicciones distintas– y habían pasado a ser conflictos de competencia entre órganos de distinto orden jurisdiccional, por lo que, en lugar de resolverlos, para lo cual reconoció su falta de competencia por no tratarse ya de conflictos de jurisdicción, los trasladó a la Sala especial constituida en el Tribunal supremo, por disposición del art. 42 LOPJ, para la resolución de los conflictos de competencia que se puedan suscitar entre órganos pertenecientes a distintos órdenes jurisdiccionales [...] Por el contrario, cuando la cuestión se plantea entre juzgados o tribunales de la jurisdicción ordinaria y los órganos inferiores de la jurisdicción militar, la resolución de la misma la asume la Sala especial de Conflictos de Jurisdicción prevista en el art. 39 LOPJ. ¿Qué quiere decir esto? Es bien sencillo: en primer lugar, que se reconoce la existencia de una jurisdicción militar especial distinta de la ordinaria y, en segundo lugar, que cuando la jurisdicción militar llega a su vértice, que es la Sala 5ª del Tribunal Supremo, pierde su originaria especialidad y se funde en la jurisdicción ordinaria. Como se ve, es bastante exacto hablar de la sala 5ª como de un vehículo de comunicación entre ambas jurisdicciones». (Los subrayados son míos).

algunas trascendentes afirmaciones. Así declara que «[q]ueda, pues, delimitada la competencia de los Tribunales militares por el art. 117.5 de la Constitución, en términos que no son necesarias otras previsiones para excluir su intervención más allá de lo previsto en el citado precepto. Y si en él se establece que «la ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución», es claro que ésta exige una regulación legal de la jurisdicción militar que sea acorde con los principios constitucionales, de modo que el resultado querido o permitido por la Norma fundamental es la de unos órganos que, adaptados a los principios de la Constitución, en su estrecho ámbito competencial, presten la tutela judicial efectiva sin indefensión y con todas las garantías a que se refiere el art. 24 de la Constitución». Continúa señalando que «la adaptación de la jurisdicción militar a los principios constitucionales y a las garantías que éstos brindan a los justiciables, se ha llevado a efecto por la Ley 4/1987 de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar que, dotando a los órganos judiciales militares de las garantías de independencia e inamovilidad, culmina con la creación en el Tribunal Supremo de la Sala de lo Militar integrada, como todas las demás de dicho alto Tribunal, en la cúspide del Poder Judicial. El vértice de la jurisdicción militar es, pues, común al de la jurisdicción ordinaria y, por tanto, la última palabra incluso en el ámbito estrictamente castrense la tiene el Tribunal Supremo en los términos y con la salvedad que señala el art. 123.1 de la Constitución». Y, en lo que a nosotros nos interesa, con cita de la STC 204/1994, realiza una afirmación capital: «El reconocimiento por la Constitución, y ésta es la primera afirmación que debe consignarse, de una «jurisdicción militar» en el ámbito estrictamente castrense (art. 117.5 CE, inciso 2.) no excepciona el ejercicio de los derechos reconocidos en el art. 24 CE. El propio art. 117.5, inciso segundo, CE solo prevé la existencia de una jurisdicción militar «de acuerdo con los principios de la Constitución», entre los cuales ocupa una posición central el que se traduce en el derecho fundamental a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales. La jurisdicción militar, pues, más allá de todas sus peculiaridades reiteradamente reconocidas por este Tribunal (STC 97/1985, fundamento jurídico 4; 180/1985, fundamento jurídico 2.; 60/1991, fundamento jurídico 4.) ha de ser «jurisdicción», es decir, ha de ser manifestación de la función constitucional a la que, como derecho fundamental, se confía la tutela judicial efectiva⁵. Esta misma idea se encuentra corroborada, en negativo, por el art. 117.6

⁵ Los subrayados son míos.

CE cuanto al declarar lapidariamente que «se prohíben los Tribunales de excepción», excluye la existencia de órganos judiciales que excepcionen el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley». Y sigue el Supremo Intérprete de la Constitución citando su resolución anterior: «La Sentencia examina después con detalle los arts. de la LO 4/1987, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, relativos a la independencia e imparcialidad de los titulares de dicha Jurisdicción, adaptándola así a los principios de la Constitución; y ese examen de diversos preceptos (arts. 1, 2, 3, 5 y 6) se cierra con la siguiente referencia a los arts. 8, 9 y 118: «El art. 8 declara que, en el ejercicio de sus funciones, «los miembros de los órganos judiciales militares serán independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley»; por su parte, el art. 118 dispone que los Mandos Militares se abstendrán de intimar a quienes ejerzan cargos judiciales en la jurisdicción militar. Como garantía de lo anterior, el art. 9 declara, por fin, que, en el supuesto en que aquéllos se consideraran «perturbados en su independencia, lo pondrán en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial a través de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central»».

La citada STC 204/1994 llega, pues, a la conclusión de que la LO 4/1987 «proclama inequívocamente el carácter independiente e inamovible de los Jueces Togados Militares, como parte que son de la jurisdicción militar, incorporando, como se ha visto, específicas garantías al respecto»». (FJ 7).

Como vemos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, aún reconociendo la especialidad de la Jurisdicción Castrense, la considera obviamente una auténtica Jurisdicción ya dotada de todas las garantías que exige al Poder Judicial en el Título VI y en condiciones de poder satisfacer al justiciable el Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva en los mismos términos que la Jurisdicción ordinaria. Su inclusión en el Título VI, relativo al Poder Judicial, tiene, a mi juicio una serie de consecuencias:

- La primera es obvia: se trata de una auténtica Jurisdicción con todo lo que ello significa.

- La unidad en el vértice ordenada por el art. 123.1 CE.

- El respeto a los principios constitucionales, exigencia que hay que entenderla implícita con la mera inclusión de la Jurisdicción Militar en el Título VI CE.

Así, del desarrollo constitucional efectuado por la LOCOJM podemos concluir que esta norma diseña un modelo de Justicia Militar no incardinado realmente en el Poder Judicial –al menos hasta alcanzar la cúspide o Sala 5ª del Tribunal Supremo– pero plenamente compatible con el estatu-

to que la Norma Suprema exige para los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial y muy alejado afortunadamente de la configuración preconstitucional. Respecto a la satisfacción por los Tribunales Militares del derecho a la tutela judicial efectiva no se justifica en principio –como hemos indicado– ninguna excepción respecto al mismo basada en la sola existencia de la Jurisdicción Castrense y las peculiaridades o limitaciones contempladas por la LOCOJM han sido prácticamente eliminadas por el Tribunal Constitucional. De manera que debemos referirnos a esas peculiaridades –si aún existen– en lo que se refiere al acceso a la justicia y a los recursos partiendo, en la línea marcada por la STC 204/1994, de que *«el reconocimiento por la Constitución [...] de una «jurisdicción militar» en el ámbito estrictamente castrense no excepciona el ejercicio de los derechos reconocidos en el art. 24 CE»*. Y de que *«la jurisdicción militar, pues, más allá de todas sus peculiaridades [...] ha de ser «jurisdicción», es decir, ha de ser manifestación de la función constitucional a la que, como derecho fundamental, se confía la tutela judicial efectiva»*.

II. EL ACCESO A LA JUSTICIA Y EL DERECHO A LOS RECURSOS COMO PARTE DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

2.1. DOCTRINA GENERAL Y CONTENIDO ESENCIAL

Incardinado en el Título Primero de la Constitución, *«De los derechos y deberes fundamentales»*, en concreto, dentro de la sección 1ª del Capítulo II, relativa a los derechos fundamentales y las libertades públicas aparece el art. 24.1, cuya dicción literal es la siguiente: *«Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión»*. La inmensa mayoría de las resoluciones del Tribunal Constitucional sobre recursos de amparo han sido dictadas tras la invocación en los mismos de vulneraciones del art. 24 CE, lo que ha dado lugar a una profusa doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal.

Pero el apartado primero del art. 24 CE no contiene un único Derecho Fundamental, sino varios, a saber: el acceso a la jurisdicción, obtener una resolución fundada en Derecho, la ejecución de la misma así como el acceso al sistema de recursos legalmente previsto⁶.

⁶ Sistematizados en la STC 102/1984.

El objeto fundamental de nuestro trabajo se centra en el Derecho al acceso al proceso, derecho que alcanza a «todas las personas», lo que incluye a las personas jurídicas.

Sin embargo, el art. 24 CE no ampara el acceso al proceso y la obtención de una resolución sobre el fondo en todo caso, ya que en los supuestos de incompetencia del órgano judicial o de apreciación de una de las causas de inadmisión establecidas en la ley (siempre que esté expresamente prevista) no será posible entrar a conocer del fondo del asunto. Ahora bien, como señala GARCÍA MORILLO, «es preciso en este punto, con todo, realizar una importante matización respecto de la apreciación de las causas de inadmisión: la jurisprudencia del Tribunal Constitucional manifiesta reiteradamente que la interpretación de las normas –en general; pero muy en particular en lo tocante al derecho a la tutela judicial– ha de realizarse en el sentido más favorable a la efectividad del derecho fundamental»⁷.

Y, como muy bien aprecia CHAMORRO BERNAL, dándole claramente un «carácter restrictivo [a] las exclusiones o limitaciones del derecho de libre acceso a la jurisdicción» [...], «no se pueden presumir limitaciones a la actividad jurisdiccional, limitaciones que han de establecerse necesariamente por Ley»⁸. Mantiene este autor, siguiendo la STC 158/1987, FJ 4 que «esos obstáculos a la jurisdicción sólo serán legítimos si obedecen a la finalidad de proteger otros bienes o intereses amparados constitucionalmente y guardan proporción con las cargas que imponen a los justiciables, requisitos todos ellos que deberán ser examinados por el TC para comprobar su constitucionalidad»⁹. De manera que la regla general viene constituida por el acceso a la justicia y lo excepcional sería la limitación, obstaculización, restricción o interpretación restrictiva respecto al acceso a la misma, tratando el intérprete de favorecer el acceso a la tutela judicial, que no puede negarse por la aplicación de los denominados por la doctrina constitucional como «formalismos enervantes» y debiendo el órgano judicial posibilitar la subsanación en cuanto sea posible de los defectos o errores de parte que puedan obstar a la prosecución del proceso, así como realizar en ese aspecto una interpretación proporcionada de las consecuencias que las normas procesales atribuyen a la infracción cometida.

En cuanto al contenido esencial del derecho, ha sido reiterado a través de una profusa jurisprudencia constitucional, uno de cuyos últimos

⁷ GARCÍA MORILLO, J., *Derecho Constitucional. Volumen I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pág. 281.

⁸ CHAMORRO BERNAL, F., *La tutela judicial efectiva*, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1994, pág. 27.

⁹ Íd. Pág. 28.

ejemplos lo hallamos en la STC 102/2009, de 27 de abril, que declara (en aplicación de constante doctrina del Tribunal) que *«el contenido esencial y primario del derecho a obtener la tutela judicial efectiva que reconoce el art. 24.1 CE es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a promover la actividad jurisdiccional que desemboque en el pronunciamiento de una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas (SSTC 115/1984, de 3 de diciembre; 217/1994, de 18 de julio; y 26/2008, de 11 de febrero, FJ 5, entre otras). No es, sin embargo, un derecho ejercitable directamente a partir de la Constitución, ni tampoco un derecho absoluto e incondicionado a la prestación jurisdiccional, sino un derecho a obtenerla por los cauces procesales existentes y con sujeción a lo establecido en la Ley, la cual puede fijar límites al acceso a la jurisdicción siempre que éstos tengan justificación en razonables finalidades de garantía de bienes e intereses constitucionalmente protegidos¹⁰ (SSTC 311/2000, de 18 de diciembre, FJ 3; 124/2002, de 20 de mayo, FJ 3; y 327/2005, de 12 de diciembre, FJ 3, por todas). Por todo ello resultan constitucionalmente legítimas, con la perspectiva del derecho fundamental de acceder a la jurisdicción, las decisiones de inadmisión de un recurso contencioso-administrativo [en este caso] o de ponerle fin anticipadamente, sin resolver sobre el fondo de las pretensiones deducidas en él, cuando encuentren amparo en una norma legal interpretada y aplicada razonablemente y sin rigorismo, formalismo excesivo o desproporción»*. (FJ 4).

Según el Alto Tribunal la apreciación de las causas de inadmisión compete con carácter exclusivo a los Tribunales Ordinarios ex art. 117.3 CE y no al Tribunal Constitucional ya que se trata de cuestiones de legalidad ordinaria. Sin embargo, sí corresponde al Supremo Intérprete *«como garante último del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, examinar la razón en que se funda la decisión judicial que inadmite la demanda o que, de forma equivalente, excluye el pronunciamiento sobre el fondo del asunto planteado. Y ello, como es obvio, no para suplantar la función que a los Jueces y Tribunales compete de interpretar las normas jurídicas en los casos concretos controvertidos, sino para comprobar si las razones en que se basa la resolución judicial está constitucionalmente justificada y guarda proporción con el fin perseguido por la norma en que dicha resolución se funda»*¹¹. Más adelante el Tribunal advierte que además el examen que ha de realizar en el seno de un proceso constitucional de amparo, cuando en él se invoca el derecho a

¹⁰ Los subrayados son míos.

¹¹ STC 102/2009, de 27 de abril. FJ 4.

obtener una primera respuesta judicial sobre las cuestiones planteadas, le permite, en su caso, reparar, no sólo la toma en consideración de una causa que no tenga cobertura legal o que, teniéndola, sea fruto de una aplicación arbitraria, manifiestamente irrazonable o incurra en un error patente que tenga relevancia constitucional, sino también aquellas decisiones judiciales que, desconociendo el principio *pro actione*, no satisfagan las exigencias de proporcionalidad inherentes a la restricción del derecho fundamental¹².

A continuación, nos referiremos a diversos aspectos del Derecho a la tutela judicial efectiva en lo relativo al acceso a la justicia que presentan íntima conexión con el objeto de nuestro trabajo.

2.2. LEGITIMACIÓN

Evidentemente de nada sirve que se nos reconozca un derecho, que se consagre incluso constitucionalmente el derecho de acceso a los Tribunales para hacerlo valer si las leyes procesales no nos reconocen la capacidad para ser parte en un determinado proceso¹³ y, consecuentemente, ejercitar las acciones oportunas. Es por ello que el derecho de acceso a la jurisdicción debe implicar una concreta capacidad procesal y una capacidad para ser parte de todos aquellos que tengan una determinada conexión con el proceso reflejadas adecuadamente en las leyes rituarias. A esta conexión se le da el nombre de legitimación. Como bien dice CHAMORRO BERNAL, «esa legitimación debe ser objeto, obligatoriamente, de una interpretación amplia por parte de los Jueces y Tribunales. El interés legítimo preciso para ella es más amplio que el interés directo o el derecho subjetivo, aunque sin que pueda alcanzar el mero interés abstracto en el cumplimiento de la legalidad»¹⁴. Hay que tener presente

¹² Íd. Además, SSTC 237/2005, de 26 de septiembre, FJ 2; 279/2005, de 7 de noviembre, FJ 3; y 26/2008.

¹³ Es necesario tener presente que la elección y determinación del proceso es un derecho de configuración legal, de manera que la concreción del mismo es una cuestión de legalidad ordinaria competencia de los Jueces y Tribunales, es decir, «...el derecho a la tutela judicial efectiva, si bien garantiza el acceso al proceso, no garantiza que sea el que desea el justiciable, ignorando las reglas legales de ordenación de los procesos». (SSTC 17/1985, de 9 de febrero, FJ 1 y 77/1986, de 12 de junio, FJ 3). Además «...el art. 24 no incluye un derecho fundamental a procesos determinados, sino que son los Tribunales ordinarios quienes, aplicando las normas competenciales y de otra índole, han de encauzar cada pretensión por el procedimiento adecuado, sea éste o no el elegido por la parte actora...» (STC 2/1986, de 13 de enero, FJ 2).

¹⁴ CHAMORRO BERNAL, F., *La tutela judicial efectiva*, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1994, pág. 50. Además, STC 93/1990 y AATC 13/1989 y 136/1991.

que si bien, la determinación de la legitimación es una cuestión de legalidad ordinaria, basta para considerar que un justiciable se haya investido de legitimación la mera afirmación de ser titular de un determinado derecho ya que la existencia o no del mismo se trata de una cuestión de fondo que debe ventilarse en el correspondiente proceso y no convertirse en una cuestión a decidir con carácter liminar. El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de consolidar una reiterada doctrina sobre la legitimación, destacando el Alto Órgano en desarrollo de la misma que «al reconocer «el art. 24.1 CE el derecho a la tutela judicial efectiva a todas las personas que son titulares de derechos e intereses legítimos, está imponiendo a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de [tal] legitimación activa» (SSTC 42/1987, de 25 de febrero, FJ 2; 195/1992, de 16 de noviembre, FJ 2; 85/2008, de 21 de julio, FJ 4; y 119/2008, de 13 de octubre, FJ 4, por todas).

Más concretamente hemos precisado, con relación al orden contencioso-administrativo [de igual manera podría efectuarse en relación al orden penal], «que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta»¹⁵ (entre otras, SSTC 252/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 73/2006, de 13 de marzo, FJ 4; 52/2007, de 12 de marzo, FJ 3; y 28/2009, de 26 de enero, FJ 2)»¹⁶.

2.3. CONCEPTO DE INDEFENSIÓN

La proscripción constitucional de la indefensión está vinculada a la ausencia de igualdad de armas procesales de las partes o de la debida contradicción en el seno del proceso y aún con todo, para que estimemos vulnerado el art. 24.1 CE por ese motivo, todo ello debe haber producido el relevante efecto de afectar a la defensa del justiciable.

¹⁵ El subrayado es mío.

¹⁶ STC 218/2009.

Así la STC 62/2009 resume la doctrina constitucional sobre el particular: «...hemos de reiterar que, sobre el derecho fundamental a no padecer indefensión, este Tribunal ha dicho que «la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa; un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales. Por otro lado, para que la indefensión alcance la dimensión constitucional que le atribuye el art. 24 CE, se requiere que los órganos judiciales hayan impedido u obstaculizado en el proceso el derecho de las partes a ejercitar su facultad de alegar y justificar sus pretensiones, esto es, que la indefensión sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional (SSTC 109/1985, de 8 de octubre, FJ 3; 116/1995, de 17 de julio, FJ 3; 107/1999, de 14 de junio, FJ 5; 114/2000, de 5 de mayo, FJ 2; 237/2001, de 18 de diciembre, FJ 5, entre otras muchas)» (STC 126/2006, de 24 de abril). No obstante, también ha señalado que «la infracción por los órganos judiciales de las reglas procesales carece no obstante de relevancia constitucional cuando el propio interesado ha contribuido decisivamente, con su impericia o negligencia, a causar la situación de indefensión que denuncia. Por esta razón en esa misma jurisprudencia está también dicho que no hay vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24.1 CE cuando el propio interesado, ignorando o despreciando las posibilidades de subsanación a su alcance, no hizo lo necesario para defender sus derechos e intereses, ‘cooperando con ello, al menoscabo de su posición procesal’ (STC 287/2005, de 7 de noviembre, FJ 2)» (STC 14/2008, de 31 de enero, FJ 3)». De manera que el Tribunal Constitucional ha construido un concepto material de indefensión a efectos de que ésta tenga relevancia constitucional. Así ha dicho acertadamente FERNÁNDEZ SEGADO que «el concepto jurídico-constitucional de «indefensión» que el artículo 24.1 obliga a construir no tiene, a juicio del Tribunal Constitucional (STC 48/1984, de 4 de abril), por qué coincidir enteramente con la figura jurídico-procesal de la indefensión. Si en el Derecho procesal la indefensión presenta un contenido marcadamente formal, en el marco jurídico-constitucional no ocurre lo mismo. De esta forma, como ha reiterado el Juez de la Constitución, la indefensión no se produce si la situación en la que el ciudadano se ha visto colocado se debió a una actitud voluntariamente adoptada por él o si le fue imputable por falta de la necesaria diligencia». Y a ello otorga este autor una doble conclusión también derivada de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: «de una parte, no toda infracción de normas procesales se convierte por sí sola en indefensión jurídico-constitucional y por ende en violación

de lo ordenado por el artículo 24; y de otra, la calificación de la indefensión con relevancia jurídico-constitucional ha de llevarse a cabo con la introducción de factores diferentes del mero respeto de las normas procesales y del rigor formal del enjuiciamiento»¹⁷.

2.4. EL DERECHO A LOS RECURSOS

El Tribunal Constitucional desde sus primeras resoluciones ha reconocido el derecho a los recursos «legalmente establecidos»¹⁸ como una de las manifestaciones del Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva. Ahora bien, como se ha ocupado de destacar asimismo el Supremo Intérprete, el derecho al recurso –salvo en el orden penal– no deriva directamente de la Constitución, como sucede con el derecho de acceso al proceso, sino que depende de que se reconozca por el Legislador en las concretas leyes de procedimiento. Su concreto régimen jurídico (causas de admisión, de inadmisión, efectos de su estimación), una vez establecido legalmente el derecho de acceso a los mismos, es asimismo de configuración legal sin perjuicio de la interdicción de la arbitrariedad y del respeto a los demás principios constitucionales. La interpretación, por ello, del régimen jurídico de los recursos es una cuestión de legalidad ordinaria en la que el Tribunal Constitucional no puede entrar salvo si los Jueces o Tribunales Ordinarios «*han incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad, únicas circunstancias que pueden determinar la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva*»¹⁹. Finalmente, como afirma DE DIEGO DíEZ «no tiene el mismo rigor el acceso a las diversas instancias judiciales legalmente previstas, que el acceso a los recursos interlocutorios. En este último caso, la pérdida del recurso por incumplimiento de algún requisito formal, aunque no se hubiese permitido la subsanación, no tiene por qué llevar necesariamente a una vulneración del derecho a la tutela judicial»²⁰. Opina

¹⁷ FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, pág. 271.

¹⁸ ATC 43/1981.

¹⁹ Por todas, SSTC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5; 46/2004, de 23 de marzo, FJ 4; 150/2004, de 20 de septiembre, FJ 3; 164/2004, de 4 de octubre, FJ 2; 248/2005, de 10 de octubre, FJ 2; 309/2005, de 12 de diciembre, FJ 2; 15/2006, de 16 de enero, FJ 3; 51/2007, de 12 de marzo, FJ 4; 181/2007, de 10 de septiembre, FJ 2; 20/2009, de 26 de enero, FJ 4; 27/2009, de 26 de enero, FJ 3.

²⁰ DE DIEGO DíEZ, L.A., *El derecho de acceso a los recursos*, Colex, Madrid, 1998, pág. 33.

STC 41/1992, de 30 de marzo.

asimismo este autor que «el principio *pro actione* tiene básicamente tres niveles de intensidad. El máximo nivel opera en la fase inicial del proceso, en el acceso a la jurisdicción. En un segundo plano se halla el acceso a las sucesivas instancias, tras haber obtenido una primera respuesta judicial a la pretensión; eso sí, poniéndose especial énfasis y rigor en facilitar el acceso al recurso de quien haya sido condenado penalmente en primera instancia. Y, en último lugar, se encuentra el acceso a los recursos interlocutorios»²¹. Sin embargo, el Tribunal Constitucional en la STC 100/2009, que recuerda la doctrina sobre el particular, se muestra tajante sobre el principio *pro actione* negándolo una vez que se ha accedido al sistema judicial: «Este Tribunal ha venido manteniendo, en especial, desde la STC 37/1995, de 7 de febrero, que así como el acceso a la jurisdicción es un componente esencial del contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24.1 CE, el sistema de recursos frente a las diferentes resoluciones judiciales se incorpora a este derecho fundamental en la concreta configuración que reciba de cada una de las leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales, salvo en lo relativo a las Sentencias penales condenatorias. Como consecuencia de lo anterior el principio hermenéutico *pro actione* opera en la fase inicial del proceso, para acceder al sistema judicial, y no en las sucesivas, conseguida una primera respuesta judicial a la pretensión, que es la sustancia medular de la tutela y su contenido esencial, sin importar que sea única o múltiple, según regulen las normas procesales el sistema de recursos. Ello es así porque el derecho al recurso no nace directamente de la Constitución, salvo en el supuesto antes apuntado, sino de lo que hayan dispuesto las leyes procesales, y se incorpora al derecho fundamental en su configuración legal»²².

III. LA ACUSACIÓN PARTICULAR Y LA ACCIÓN POPULAR EN EL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

3.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Históricamente el monopolio del ejercicio de la acción penal en los procesos militares lo ostentaba el Estado. No era posible que la parte perjudicada u ofendida se personase en las actuaciones como acusación parti-

²¹ DE DIEGO DíEZ, L.A., *El derecho de acceso a los recursos*, Colex, Madrid, 1998, pág. 35.

²² FJ 4.

cular o actor civil. Huelga decir que el reconocimiento de la acción popular consagrado en el art. 101 LECr era impensable ante los Tribunales Cas-trenses y aún hoy tanto la LOCOJM como la Ley Procesal Militar guardan silencio sobre esta institución, lo que es interpretado por los Tribunales Militares como negativa. A ello y a la posición del Tribunal Constitucional al respecto nos referiremos más adelante, aunque ya adelanto que, en mi opinión, el silencio de la ley no puede ser interpretado de la misma manera que con anterioridad al pronunciamiento constitucional que elimina los límites a la acusación particular en tiempo de paz. Pero tradicionalmente, como decía, al ciudadano perjudicado u ofendido por un delito competencia de la jurisdicción militar –que por otra parte era muy extensa– no le cabía ejercitar acciones penales ante los Tribunales Militares. De este modo –como recuerda el Tribunal Constitucional en la STC 179/2004–, el reconocimiento general que efectúan la Ley de la jurisdicción militar y la Ley procesal militar de la acusación particular en el proceso penal militar, aunque se excluyan supuestos determinados, supone sin duda una novedad importante con respecto al Derecho procesal militar histórico, pues, en efecto, tanto en el Código de justicia militar de 1890²³ como en la Ley de enjuiciamiento militar de Marina de 1894²⁴ no se admitía en ningún supuesto la posibilidad de que el acusador particular interviniese en el proceso penal militar, por considerar la acusación particular una institución completamente extraña a la justicia militar. Del mismo modo, el derogado Código de justicia militar de 17 de julio de 1945 (CJM) no admitía la acusación particular y disponía en su art. 452 que «Los procedimientos militares se iniciarán de oficio o en virtud de parte o a instancia del Fiscal Jurídico-Militar. En ningún caso se admitirá la acción privada»²⁵. Tras la reforma introducida en este precepto por la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, en el mismo se añadió un apartado segundo en que se establecía que en el proceso judicial penal militar «En ningún caso puede ejercitarse

²³ Esta norma preveía en su art. 398 los medios de inicio del proceso, disponiendo que las Autoridades facultadas para decretar la incoación actuarían «por propio conocimiento que tuvieran del delito, en virtud de parte que hubieran recibido, dado por persona competente, o por denuncia que estimasen digna de consideración». Contemplaba en su art. 399 la posibilidad de orden de inicio por el Gobierno y asimismo por el Consejo Supremo de Guerra y Marina y prohibía el ejercicio de la acción privada.

²⁴ En esta ley en su redacción originaria se admitía la querrela exclusivamente a efectos del ejercicio de la acción privada contra no aforados a los que no les fuese de aplicación el entonces vigente Código Penal de la Marina de Guerra de 1888. Incluso en ese supuesto dicha posibilidad de ejercicio de la acción penal quedó eliminada en 1920.

²⁵ El Código de 1945 admitía asimismo como modos de inicio del procedimiento –que no querrela del ofendido o perjudicado– la denuncia, orden del Gobierno, o de los Ministros del Ejército, Marina o Aire, o del Consejo Supremo de Justicia Militar.

querella²⁶. La acción privada podrá ejercitarse en todos los procedimientos seguidos por delitos sólo perseguibles a instancia de parte, una vez acordado el auto de procesamiento, a cuyo efecto el Instructor hará el oportuno ofrecimiento de acciones en la persona del agraviado o perjudicado por el delito, rigiendo con ello de manera supletoria los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, todo ello a salvo de las reglas especiales para los instruidos por uso y circulación de vehículos de motor».

Consagrado el Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva en el art. 24.1 de la Constitución Española de 1978, su Supremo Intérprete tuvo ocasión de pronunciarse respecto a estas cuestiones en el ATC 121/1984, de 29 de febrero. En esta ocasión inadmite el amparo de un Coronel que pretendía ejercitar la acción penal contra su superior (un General) que le había impuesto un mes de arresto. El Tribunal establece lo que será su doctrina durante años manteniendo el valor preponderante de la disciplina

²⁶ El subrayado es mío. Obsérvese que fue el Legislador de 1980 el que introdujo explícitamente la prohibición del ejercicio de la acción penal, consagrándose legislativamente de forma expresa algo que hasta el momento se daba por supuesto en los Códigos tradicionales. Sin embargo, FERNÁNDEZ DOTÚ sostiene que «la nueva redacción dada a determinados artículos [del CJM], como el 452 –que sustituyó la prohibición del ejercicio de la acción privada por la mera prohibición de ejercicio de la querella (5)–, o los arts. 491 y 728 –que aluden expresamente a la acción privada y la acusación particular–, no establecieron ninguna limitación al ejercicio de estas acciones, en el sentido de impedir la personación en el procedimiento ya iniciado del perjudicado u ofendido por el delito, para ejercitar tras el oportuno ofrecimiento de acciones, la acusación particular o privada a la que se abría cauce, si bien del propio contenido del punto 2 del art. 452 se desprendía que el momento de la personación era tras el oportuno ofrecimiento de acciones por el Instructor, que habría de producirse tras el procesamiento del presunto responsable, lo que por otra parte estaba en clara concordancia con el hecho de afirmar, con exclusividad, la incoación de oficio y la proscripción de la querella». FERNÁNDEZ DOTÚ, P.J., «Acusación particular y acción civil en el proceso penal militar en tiempo de paz: unas consideraciones críticas», *Revista Española de Derecho Militar*, n° 76, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Ministerio de Defensa, Madrid, 2000, pág. 192. Esta posibilidad de personación posterior, tras el ofrecimiento de acciones, parece sustentada en el art. 491 CJM tras la reforma por la Ley Orgánica 9/1980 y del siguiente tenor literal: «El Ministerio Fiscal Jurídico Militar, y en su caso el Letrado representante de la acción privada o acusación particular, podrá intervenir por propia iniciativa en el sumario de todas las causas si el instructor no lo cree perjudicial para el buen fin de la investigación; asistir a las diligencias de prueba acordadas por el instructor interrogando, con su venia, a los procesados, testigos y peritos; solicitar del juez, y en su caso de la autoridad judicial militar, la práctica de nuevas diligencias probatorias o la adopción de las resoluciones que considere pertinentes relativas a los procesados o a sus bienes, en cuanto sea necesario para garantizar las responsabilidades exigibles, o a las personas contra las que se deduzcan cargos y emitir los informes que la ley disponga». Los subrayados son míos. De todas maneras, la interpretación que realizaban los Tribunales y las Autoridades Judiciales Castrenses de estos preceptos conducía a la exclusión de la acusación particular, tanto en lo que se refiere al inicio del procedimiento cuanto a la personación posterior en el mismo (a título de ejemplo, STC 97/1985, ya citada).

como factor de cohesión en una estructura fuertemente jerarquizada como la Fuerzas Armadas, haciendo ceder al Derecho a la tutela judicial efectiva a favor, como en este caso, de otros bienes o intereses constitucionalmente protegidos y todo ello invocando además la singularidad o especialidad de la Jurisdicción Militar prevista en el art. 117.5 CE. Con posterioridad, en la STC 97/1985, manteniendo esa misma doctrina, el Tribunal concede el amparo frente a un decreto auditoriado que, con apoyo en el art. 452.2 CJM, denegaba a los padres de un soldado fallecido como consecuencia del disparo de un arma de fuego la posibilidad de personarse en la correspondiente causa. En esta última resolución se estima la demanda de amparo ya que, al no existir un enfrentamiento procesal entre militares vinculados entre sí por una relación jerárquica, no se pone en peligro el bien constitucionalmente protegido de la disciplina militar. Con base en la doctrina constitucional expuesta²⁷, aunque el Tribunal Constitucional no lo reconozca así en la sentencia por la que cambia de criterio –a saber, la 115/2001–, se dicta la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, disponiendo en su art. 108, segundo párrafo lo siguiente: *«No se podrá ejercer, ante la jurisdicción militar, la acusación particular ni la acción civil, cuando el perjudicado y el inculpado sean militares, si entre ellos existe relación jerárquica de subordinación, sin perjuicio de ejercer la acción civil ante la jurisdicción ordinaria»* Por su parte, el art. 127, primer párrafo de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar establece que *«[s]alvo el supuesto del artículo 168 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, podrá mostrarse parte en el procedimiento como acusador particular o como actor civil toda persona que resulte lesionada en sus bienes o derechos por la comisión de un delito o falta de la competencia de la jurisdicción militar, excepto cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación. A dicho efecto se hará el correspondiente ofrecimiento de acciones»*.

«Pues bien, [entiende FERNÁNDEZ DOTÚ] la LO 4/87 de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, así como la Ley Procesal Militar [...], aun manteniendo la posibilidad de ejercicio de la acusación particular e introduciendo en determinados supuestos la posibilidad de la querella, han modificado en aspectos destacables el sistema introducido por la LO 9/90.

²⁷ El Preámbulo de la LOCOJM declara que *«se permite la actuación del acusador particular y del actor civil, excepto en los casos en que el autor del hecho y el perjudicado fueran militares y mediare entre ellos una relación de subordinación, siguiendo en este aspecto la doctrina del Tribunal Constitucional»*.

En primer término, el art. 130.5 de la LO 2/89 Procesal Militar introduce la querella como forma de inicio del proceso penal militar, si bien reducida al supuesto del art. 108 de la LO 4/87, esto es, cuando sea formulada por el particular lesionado en sus derechos o bienes. Además, el art. citado limita el ejercicio de la querella al particular no militar, pues a pesar de la referencia al art. 108 de la Ley Orgánica 4/87, el tenor literal del art. 130.5 de la Ley Procesal, es claro al establecer «...salvo que perjudicado e inculcado sean militares», con lo que restringe aún más el tenor del art. 108. Efectivamente el militar podrá mostrarse parte en un procedimiento penal militar, para ejercer la acusación particular, contra otro militar, cuando sea perjudicado u ofendido por el delito, si entre ambos no existiera relación jerárquica de subordinación, pero no podrá instar la incoación del procedimiento mediante querella, debiéndose limitar a denunciar el hecho y, una vez abierto el mismo y hecho el ofrecimiento de acciones, personarse en éste para ejercer la acusación si no existiera entre el mismo y el denunciado la referida relación jerárquica de subordinación. Dicha redacción es similar a la del art. 127 de la Ley Procesal Militar en su párrafo primero»²⁸. Mantiene FERNÁNDEZ DOTÚ que esta restricción no se preveía en el antiguo Código tras la nueva redacción dada por la LO 9/1980 pero es lo cierto que con base en la imposibilidad de interponer querella se negaba sistemáticamente la posibilidad de personación de la acusación particular, aunque fuese tras el ofrecimiento de acciones. Resulta obvio que los Tribunales Castrenses no realizaban una interpretación de la reforma en el sentido de rechazar la acusación particular en el momento inicial del proceso (la querella como modo de inicio) para admitirla después, una vez que el perjudicado u ofendido se mostrase parte en la causa, tras el *oportuno* ofrecimiento de acciones²⁹. La práctica de los Juzgados Togados y Tribunales Militares se traducía en la aplicación de la nueva legislación orgánica y procesal militar basada en la doctrina constitucional más arriba indicada y en algún pronunciamiento de la Sala 5ª del Tribunal Supremo³⁰.

Sin embargo una vez dictada la STC 115/2001, de 10 de mayo se inició la vía para eliminar del Ordenamiento Jurídico las restricciones al ejercicio de la acusación particular ante la Jurisdicción Militar en tiempo de paz. Esta resolución del Supremo Intérprete de la Constitución tuvo su origen

²⁸ FERNÁNDEZ DOTÚ, P.J., «Acusación particular y acción civil en el proceso penal militar en tiempo de paz: unas consideraciones críticas», *Revista Española de Derecho Militar*, n° 76, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Ministerio de Defensa, Madrid, 2000, pág. 193.

²⁹ *Vid.* nota 27.

³⁰ A título de ejemplo, Autos de 2 de enero de 1989 y 27 de mayo de 1992.

en los Autos del Juzgado Togado Militar de 30 de enero de 1998 y del Tribunal Militar Territorial Primero –que confirmó el primero– y que denegaban la personación como acusación particular de un Cabo de la Guardia Civil en un proceso en que los inculcados eran sus superiores jerárquicos.

La Sentencia, tras entender vulnerados el art. 14 CE (principio de igualdad en la Ley) y el 24 (tutela judicial efectiva en su manifestación del acceso a la jurisdicción), otorga el amparo al demandante y plantea ante el Pleno cuestión de inconstitucionalidad³¹ en relación a los preceptos controvertidos, a saber, el art. 108, segundo párrafo de la LOCOJM y el art. 127, primer párrafo de la LOPM. Según el Tribunal Constitucional el bien o interés constitucionalmente protegido de la disciplina en cuanto factor de cohesión de las Fuerzas Armadas ya no puede prevalecer frente al derecho a la tutela judicial efectiva en su concreta modalidad de acceso al proceso. Así el Supremo Intérprete manifiesta –siguiendo su doctrina sobre el acceso

³¹ Es importante tener presente que, a lo largo de la tramitación del recurso de amparo, el Pleno, mediante proveído de 31 de octubre de 2000 acordó, de conformidad con lo que dispone el art. 10 k) LOTC, avocar el conocimiento del recurso de amparo, por lo que el Pleno, en realidad, se plantea la cuestión a sí mismo. El planteamiento de la cuestión por las Salas o el Pleno (en este caso) del Tribunal era un trámite necesario e impuesto por la LOTC (art. 55.2) que no permitía que se declarase la inconstitucionalidad de los preceptos en la misma sentencia que otorgó el amparo. Así «*en el supuesto de que se estime el recurso de amparo porque la Ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas, la Sala elevará la cuestión al Pleno, que podrá declarar la inconstitucionalidad de dicha Ley en nueva sentencia, con los efectos ordinarios previstos en los artículos 38 y siguientes (...)*». (antiguo art. 55.2 LOTC). El subrayado es mío. Pero, tras la reforma operada en la LOTC por LO 6/2007, de 24 de mayo, se da nueva redacción al art. 55.2 en el sentido siguiente: «*En el supuesto de que el recurso de amparo debiera ser estimado porque, a juicio de la Sala o, en su caso, la Sección, la ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas, se elevará la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia, de conformidad con lo prevenido en los artículos 35 y siguientes*». El subrayado es mío. De manera que la reforma introduce principalmente dos novedades: la primera tiene que ver con la potestad atribuida ahora a las secciones del Tribunal para el conocimiento de los recursos de amparo y la segunda, a mi juicio procesalmente más importante, estriba en que para declarar la inconstitucionalidad de una ley que provenga de la interposición de un recurso de amparo contra actos derivados de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona, se hace necesario que la Sala o Sección suspendan el proceso de amparo (como la LOTC impone al Juez ordinario) y planteen la cuestión al Pleno ateniéndose posteriormente a lo que éste resuelva respecto a la constitucionalidad de la norma cuestionada. De manera que se invierte el proceso: es el Pleno el que primero se pronuncia sobre la constitucionalidad de la norma y, posteriormente, la Sala o Sección (teniendo en cuenta lo decidido por aquél) decide sobre el otorgamiento del amparo. Con anterioridad a la reforma (como en el caso analizado) se otorgaba el amparo por una Sala (o el Pleno en este supuesto) considerando la vulneración de los Derechos Fundamentales derivada de una determinada norma con rango de Ley, por lo que, en realidad, era la Sala la que condicionaba al mismo Pleno, aunque existe un precedente en que el Pleno desestimó la cuestión interna de inconstitucionalidad planteada. (STC 48/1995).

a la jurisdicción— que «con independencia de que la legitimidad constitucional de dicha exclusión o prohibición hubiera requerido de una justificación asentada en poderosas razones, orientadas a la protección de bienes o derechos constitucionalmente relevantes, la eliminación de tal facultad de constituirse en parte procesal para formular la acusación particular produce, como consecuencia, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción, ex art. 24.1 CE, al impedir, con un resultado falto de proporcionalidad, el ejercicio de la acción penal a determinados miembros de la institución militar»³² y que «la posibilidad real de manifestarse como parte en el proceso, «sólo puede sufrir excepción, en los supuestos en que lo impida la naturaleza de la materia regulada o lo veden intereses también constitucionalmente protegidos de condición más relevante o preponderante» (FJ 3), ya que, «aunque el derecho a la tutela judicial efectiva es de configuración legal, el legislador ha de respetar siempre su contenido esencial (art. 53.1 CE) de suerte que no son constitucionalmente admisibles obstáculos ... que sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de las finalidades para las que se establecen (SSTC 3/1983, 99/1985, 60/1989, 164/1991, 48/1995, entre otras)» (STC 76/1996, de 30 de abril, FJ 2)»³³. Por lo que respecta al principio de igualdad en la ley, el Tribunal lo estima vulnerado entendiendo que la disciplina militar no constituye una justificación objetiva y razonable que justifique la exclusión y, por tanto la desigualdad³⁴. Alguna autora sustenta el cambio de doctrina constitucional aludiendo a la nueva realidad social y, con ello, al nuevo modelo de Fuerzas Armadas profesionalizadas, de manera que la disciplina ya no tendría la incidencia de antaño, donde llegaba a manifestarse incluso en la órbita del procedimiento en el marco del enfrentamiento procesal entre partes. Así DOIG DÍAZ manifiesta lo siguiente: «La decisión adoptada por el TC en la STC 115/2001, tanto al anular los autos dictados en la jurisdicción militar cuanto al plantear al Pleno la cuestión de inconstitucionalidad de los arts. 108 LOCOJM y 127 LPM y especialmente al construir la argumentación sobre la base de que el mantenimiento de la disciplina militar ya no justifica la excepción del acceso al proceso prevista en tales preceptos, no hace sino revelar que el TC se aproxima a una realidad social en la que —efectivamente— la disciplina pierde fuerza en el propio seno de las Fuerzas Armadas»³⁵. La resolución

³² FJ 11

³³ FJ 11 *in fine*

³⁴ *Vid.* FJ 10.

³⁵ DOIG DÍAZ, Y, «La reforma del derecho Penal Militar», *Anuario de Derecho Penal* 2001-2002, Madrid, 2002, pág. 302.

del Alto Tribunal –en la que no entramos con mayor detalle, ya que sus fundamentos son ratificados sustancialmente con las mismas palabras por la STC 179/2004, que sí analizaremos más pormenorizadamente– supone un abierto cambio de doctrina –aunque el Tribunal no lo reconozca así– respecto a la postura mantenida hasta el momento por el Supremo Intérprete de la Constitución, que consideraba la disciplina como un interés constitucionalmente preponderante, de manera que la existencia de enfrentamiento procesal entre dos militares, cuando entre ellos mediaba relación jerárquica de subordinación, ponía en riesgo la Disciplina y, con ello, la necesaria cohesión de las Fuerzas Armadas y las funciones asignadas por el art. 8 de la Norma Fundamental³⁶. Cambio de doctrina sí puesto de manifiesto por los Votos Particulares de los Magistrados Constitucionales discrepantes con la sentencia. Así, Vicente Conde Martín de Hijas afirma rotundamente que «al declarar la inconstitucionalidad de los artículos discutidos, debemos ser conscientes de que estamos revisando nuestra anterior doctrina. No veo obstáculo de principio en que el Pleno pueda hacerlo, rectificando criterios precedentes de sus Salas (en este caso de la Primera); pero no puedo compartir un modo de argumentar en el que se niega la realidad de una doctrina preexistente, y menos, cuando dicha doctrina ha sido pauta de orientación para el ejercicio de su potestad constitucional por el legislador»³⁷. Mantiene asimismo que la doctrina sentada por el ATC 121/1984 y la STC 97/1985, aunque referidos a un precepto del CJM 1945, es perfectamente aplicable al caso resuelto en 2001, vinculándola al mismo reconocimiento de la singularidad de la jurisdicción castrense por el art. 117.5 CE manifestando que «lo que la Sentencia dice no comprender me resulta, por el contrario, perfectamente comprensible. Y al propio Tribunal le resultó comprensible en el ATC 121/1984 y en la STC 97/1985 (FJ 4), cuando alcanzó a ver la razón de un precepto limitativo similar a los que ahora se cuestionan, del que dijo que “encuentra su convalidación constitucional en cuanto está pensado para evitar disensiones y contiendas entre miembros de las Fuerzas Armadas, las cuales necesitan imperiosamente, para el logro de los altos fines que el artículo 8, número 1 de la CE, les asigna, una especial e idónea configuración, de donde surge, entre otras singularidades, el reconocimiento constitucional de una jurisdicción castrense estructurada y afianzada en términos no siem-

³⁶ STC 97/1985, FFJJ 4 y 5. En esta doctrina, como dijimos más arriba, se basó el Legislador para dictar la LO 4/1987, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y, consecuentemente, la LO 2/1989, Procesal Militar.

³⁷ En los mismos términos se manifiesta la mayor parte de la doctrina científica. Así, DOIG DÍAZ, Y., «La reforma del derecho Penal Militar», *Anuario de Derecho Penal* 2001-2002, Madrid, 2002, págs. 294-299.

pre coincidentes con los propios de la jurisdicción ordinaria, de forma muy particular en lo que atañe a la imprescindible organización profundamente jerarquizada del Ejército, en la que la unidad y disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar aquellos fines, no resultando fácil compatibilizarlas con litigios entre quienes pertenecen a la institución militar en sus diferentes grados”»³⁸.

Pues bien, tras la nueva postura del Tribunal Constitucional alguno de los Jueces y Tribunales Militares siguieron aplicando los preceptos cuestionados, dando lugar a las sentencias constitucionales 157/2001 y 119/2004, respectivamente de la Sala 2ª y de la Sala 1ª, que, confirmando la nueva doctrina otorga el amparo nuevamente a los demandantes. Por el contrario, el Tribunal Militar Territorial Primero plantea a lo largo de 2002 y 2003 varias cuestiones de inconstitucionalidad en relación a los preceptos controvertidos³⁹. Como sabemos, el Pleno del Tribunal Constitucional mediante Sentencia 179/2004, de 21 de octubre declaró la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de los consabidos preceptos de la LOCOJM y LOPM.

3.2. LA SITUACIÓN, TRAS LA STC 179/2004, DE 21 DE OCTUBRE

En primer lugar, el Tribunal Constitucional en su sentencia de 21 de octubre de 2004 recuerda lo que ya es su doctrina consolidada sobre el acceso al proceso como manifestación del art. 24.1 CE. Así señala que es de configuración legal la presencia de partes contingentes en el proceso penal, es decir, distintas al Ministerio Fiscal, de manera que no existe un derecho derivado del art. 24.1 CE al establecimiento de la acusación particular y la acción popular. Ahora bien, una vez establecidas estas instituciones por el Legislador, según el Alto Tribunal, este derecho se configura como un *ius ut procedatur*, es decir, como manifestación específica del derecho a la jurisdicción⁴⁰. A continuación, el Tribunal señala que, introducida por el Legislador la acusación particular en el proceso penal militar con las excepciones que ya conocemos se hace necesario examinar su compatibilidad con los arts. 14 y 24.1 CE, en relación con el 117.5. Comienza por examinar la cuestión desde el punto de vista del art. 14 CE. En primer

³⁸ Apartado 6 del Voto Particular.

³⁹ Cuestiones de inconstitucionalidad números 4880/2002, 6348/2002, 445/2003 y 5580/2003, todas ellas declaradas extinguidas por el Tribunal Constitucional tras pronunciar la STC 179/2004. Así se publica en el BOE de 17 de diciembre de 2004.

⁴⁰ SSTC 64/1999, 81/1999, 280/2000, 31/1996 y 199/1996.

lugar, el TC recuerda su doctrina sobre el principio de igualdad en la Ley. Así señala que ha venido exigiendo para permitir el trato dispar de situaciones homologables la concurrencia de una doble garantía: a) la razonabilidad de la medida, pues no toda desigualdad de trato en la Ley supone una infracción del artículo 14 CE, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; y b) la proporcionalidad de la medida, pues el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato sino sólo aquellas desigualdades en las que no existe relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, pues para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable, además, que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador supere un juicio de proporcionalidad, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos. (FJ 5)⁴¹. A continuación se pregunta si los preceptos cuestionados son una justificación objetiva y razonable para la salvaguardia del principio de disciplina y jerarquía propio de la Institución militar. Y, citando su jurisprudencia anterior, sostiene que la disciplina constituye un valor esencial de la Institución militar como factor de cohesión para que las Fuerzas Armadas puedan cumplir las misiones que les encomienda el art. 8 de la Constitución. A este respecto, dado el valor de la disciplina como *«ineludible principio configurador»* de las Fuerzas Armadas, el Tribunal acepta la constitucionalidad de aquellas disposiciones legales limitativas del ejercicio de los Derechos Fundamentales, *«entre las que, indudablemente, han de situarse todas las que sean absolutamente imprescindibles para salvaguardar ese valor esencial en toda institución militar, que es la disciplina»*⁴². A continuación circunscribe el ámbito de la disciplina exclusivamente al aspecto organizativo de las Fuerzas Armadas para lograr de este modo la eficacia de la Administración, en concreto de la Administración Militar. *«Por ello, dice el Tribunal, el valor o principio de la disciplina militar no debe extravasar su propio ámbito para proyectarse en el seno del proceso, en cuanto éste es instrumento de enjuiciamiento y satisfacción de pretensiones, y ello aunque tal proceso, como el sustancia-*

⁴¹ SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 9; 214/1994, de 14 de julio, FJ 8; 46/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4; y 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4.

⁴² FJ 6.

do por la jurisdicción militar en averiguación y castigo de los delitos y faltas militares, ofrezca algunas peculiaridades, que deberán, en todo caso, atenerse a la exigencia del art. 117.5 CE, de estar reguladas «de acuerdo con los principios de la Constitución»⁴³. Por otra parte, manifiesta el Tribunal Constitucional que los órganos judiciales militares, independientes y absolutamente desvinculados del mando militar, constituyen hoy la máxima garantía de la disciplina, «por lo que sólo poniendo en duda la condición y aptitud de la jurisdicción militar para desempeñar su cometido, como jurisdicción sometida a los principios constitucionales de independencia del órgano judicial y a las garantías sustanciales del proceso y de los derechos de defensa (...), cabría apreciar que el enfrentamiento procesal entre militares unidos por una relación de subordinación jerárquica es causa de potencial deterioro de la disciplina militar. No siendo constitucionalmente admisible tal duda, no existe tampoco fundamento para temer que los órganos de la jurisdicción castrense no vayan a ser capaces de aplicar lo dispuesto en la Ley Orgánica de la jurisdicción militar (arts. 149 y siguientes) en orden a preservar el orden y respeto debido en los procesos, ni para temer que el ejercicio de la acusación particular por parte del agraviado contra el ofensor, siendo ambos militares ligados por relación jerárquica de subordinación, pueda socavar la disciplina exigible en la organización militar, pues el enfrentamiento en el proceso penal militar –en contra de lo que sostiene el Fiscal General del Estado en sus alegaciones– no tiene por qué perjudicar la disciplina militar si la contienda procesal se practica con arreglo a Derecho»⁴⁴. Además la Sentencia proporciona otros ejemplos de supuestos enfrentamientos procesales entre militares –incluso de distinto empleo– que se hallan en la legislación ritaria militar: la obligación del militar de formular denuncia por un presunto delito o falta cometido por un superior (o inferior) (arts. 130.6 y 134 LOPM); la posibilidad de que la jurisdicción ordinaria juzgue por conexión delitos militares sin que aquí operen las restricciones previstas en los arts. 108.2 LOCOJM y 127.1 LOPM (art. 14.1 LOCOJM) a lo que hay que añadir la posibilidad de careo entre inferior y superior jerárquico (art. 179 LOPM). Por último el Tribunal alude como ejemplo de controversia procesal entre personas de distinto empleo a la posibilidad de que el denunciante comparezca como testigo de la Fiscalía Jurídico Militar⁴⁵. Por ello, el

⁴³ FJ 7.

⁴⁴ Íd.

⁴⁵ Algunos de estos ejemplos habían sido ya puestos de manifiesto por la doctrina para cuestionar la justificación constitucional de las restricciones a la acusación particular. Véase en este sentido, FERNÁNDEZ DOTÚ, P.J., «Acusación particular y acción civil en

Tribunal considera que la prohibición del ejercicio de la acción penal, en calidad de acusador particular, contenida en el art. 108.2 LOJM y en el art. 127.1 LOPM, no encuentra justificación constitucional suficiente en la protección de la disciplina militar, ni en el principio jerárquico en que se asienta la organización de las Fuerzas Armadas y del instituto armado de naturaleza militar como es la Guardia Civil, por lo que conculca el principio constitucional de igualdad en la ley garantizado por el art. 14 CE⁴⁶. En cuanto a la pretendida vulneración del art. 24.1 CE el Pleno del Tribunal llega a una conclusión contundente: *«...una vez reconocido por el legislador el derecho al ejercicio de la acción penal a los particulares, este derecho se configura como un ius ut procedatur, como manifestación específica del derecho a la jurisdicción. Y de este modo la posibilidad real de manifestarse como parte en el proceso sólo puede sufrir excepción en los supuestos en que lo impida la naturaleza de la materia regulada o lo vedan intereses también constitucionalmente protegidos de condición más relevante o preponderante, ya que, «aunque el derecho a la tutela judicial efectiva es de configuración legal, el legislador ha de respetar siempre su contenido esencial (art. 53.1 CE) de suerte que no son constitucionalmente admisibles obstáculos ... que sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de las finalidades para las que se establecen. [...] Por consiguiente, para que la exclusión o prohibición del ejercicio de la acusación particular que, frente al régimen legal general, efectúan los preceptos examinados, pudiera considerarse constitucionalmente legítima, hubiera sido necesario que tal excepción tuviera justificación objetiva y razonable, lo que ya hemos dicho que no se concurrir, a lo que se añade que la eliminación de tal facultad de constituirse en parte procesal para formular la acusación particular conduce a un resultado carente de proporcionalidad, pues el sacrificio del derecho del perjudicado por un delito a ejercer la acción penal no se orienta a la finalidad de proteger otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos de superior relevancia, ya que el mantenimiento de la disciplina, como factor de cohesión de la institución militar, que es el bien constitucionalmente relevante (SSTC 21/1981, de 15 de junio, 97/1985, de 29 de julio, 180/1985, de 19 de diciembre, 107/1986, de 24 de julio, 371/1993, de 13 de diciembre, y 115/2001, de 10 de mayo) que se invoca tanto por el Abogado del Estado como por el Fiscal General del Estado como justificación de la excepción*

el proceso penal militar en tiempo de paz: unas consideraciones críticas», *Revista Española de Derecho Militar*, nº 76, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Ministerio de Defensa, Madrid, 2000, págs. 197 y 198.

⁴⁶ FJ 7 in fine.

establecida por los preceptos legales cuestionados, no se ve comprometido, por las razones que ya quedaron expresadas, al examinar este supuesto a la luz del art. 14 CE, por el hecho de admitir que la acusación particular pueda ser también ejercitada en el proceso penal militar en los casos en que exista relación jerárquica de subordinación entre ofensor y ofendido»⁴⁷. Por ello la sentencia termina declarando la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de los preceptos cuestionados.

Tras la meritada sentencia del Supremo Intérprete de la Constitución quedan en la práctica eliminadas las restricciones para el ejercicio de la acusación particular en tiempo de paz en el ámbito de la Jurisdicción Militar. Es posible, pues, que el ofendido o perjudicado por el delito puedan mostrarse parte en un procedimiento penal militar y ejercer la acusación particular. Sin embargo, y aunque parece una cuestión sin importancia en la que el Tribunal Constitucional no ha reparado al anular los preceptos de la LOCOJM y LOPM, no es posible el libre ejercicio de la acusación mediante querella; es decir, la querella como modo de inicio del proceso está sometida a ciertas restricciones. Veamos. El art. 130 LOPM relativo a las formas de inicio de los procedimientos penales, al referirse a la querella prevé lo siguiente: *«Los procedimientos expresados en el artículo anterior podrán iniciarse:*

... 5º. Por querella, en el supuesto previsto en el artículo 108 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, salvo que el perjudicado e inculcado sean ambos militares y con exclusión, en caso de guerra, de acuerdo con el artículo 168 de la misma Ley Orgánica». Por tanto, la LOPM sigue prohibiendo a un militar interponer una querella frente a otro, cualesquiera que sean los empleos de ambos. Obviamente, nada impide que el militar ofendido interponga una denuncia ante el Juez Togado competente y se persone más tarde en la causa tras el oportuno ofrecimiento de acciones por el órgano instructor. Pero, en mi opinión, el Tribunal Constitucional hubiera podido declarar la inconstitucionalidad por conexión del inciso subrayado correspondiente al precepto de la LOPM que hemos transcrito⁴⁸. Y es que, como dice acertadamente FERNÁNDEZ DOTÚ, el inciso señalado del art. 130 LOPM «restringe aún más el tenor del art. 108 [de la LOCOJM]. Efectivamente el militar podrá mostrarse parte en un procedimiento penal militar, para ejercer la acu-

⁴⁷ FJ 8. Los subrayados son míos.

⁴⁸ En este sentido dispone el art. 39.1 LOTC: *«Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia»*.

sación particular, contra otro militar [...] pero no podrá instar la incoación del procedimiento mediante querella, debiéndose limitar a denunciar el hecho y, una vez abierto el mismo y hecho el ofrecimiento de acciones, personarse en éste para ejercer la acusación...»⁴⁹. Es una cuestión de *lege ferenda* que el Legislador modifique el art. 130 en el sentido de eliminar la mencionada restricción aún mayor en cuanto a la forma –aunque no afortunadamente respecto al fondo– que la anulada por el Tribunal Constitucional, al efecto de permitir la iniciación del proceso penal mediante querella trátase o no de un militar el que la interpone.

Decíamos que era posible que el perjudicado u ofendido por el delito –en los términos expuestos– se mostrasen parte como acusación particular en un procedimiento penal militar sin ninguna restricción salvo en tiempo de guerra. Ahora bien, ¿quién tiene la consideración de ofendido o perjudicado por un delito? Esta pregunta no es baladí, ya que en el proceso penal militar –así se interpreta actualmente por los Tribunales Militares el silencio de la Ley al respecto– no existe la acción popular, por lo que cobra una importancia capital delimitar claramente la figura del ofendido o perjudicado por una infracción penal. En primer lugar, se presentan problemas terminológicos ya que el art. 108 LOCOJM y 130 LOPM se refieren sólo al perjudicado. Como dice algún autor⁵⁰, esta diferencia terminológica se debe al confusionismo que presentan en este aspecto las leyes procesales que, en mi opinión, se debe salvar a favor de la mayor tutela posible de los intereses legítimos en juego por lo que, atendiendo al criterio del art. 127 LOPM, «...podrá mostrarse parte en el procedimiento como acusador particular o como actor civil toda persona que resulte lesionada en sus bienes o derechos por la comisión de un delito o falta de la competencia de la Jurisdicción militar...»⁵¹. De manera que podemos distinguir el ejercicio de la acción por los ofendidos o perjudicados por el delito ya sin apenas restricciones en las leyes procesales militares salvo en tiempo de guerra; la acusación ejercida por el Ministerio Fiscal al que el Ordenamiento se lo encomienda como un deber de defensa de legalidad (arts. 124.1 CE, 435 LOPJ, 105 LECr, Tít. IV LOCOJM y art.122 y ss. LOPM) y la acción po-

⁴⁹ FERNÁNDEZ DOTÚ, P.J., «Acusación particular y acción civil en el proceso penal militar en tiempo de paz: unas consideraciones críticas», *Revista Española de Derecho Militar*, n° 76, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Ministerio de Defensa, Madrid, 2000, pág. 193.

⁵⁰ CLAVER VALDERAS, J.M., *Comentarios a las Leyes Procesales Militares* (Tomo II) Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995, véase págs. 1427-1435.

⁵¹ El subrayado es mío. La redacción de la LOPM pone de manifiesto la interpretación amplia del concepto ofendido o perjudicado por el delito.

pular como un derecho de todos los ciudadanos en el ámbito del proceso regulado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 101) pero sobre el que la legislación adjetiva militar guarda silencio. A este silencio y a las consecuencias interpretativas que se le otorga nos referiremos a continuación.

3.3. ¿ES POSIBLE LA ACCIÓN POPULAR ANTE LA JURISDICCIÓN MILITAR?

El art. 125 CE dispone lo siguiente: *«Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular (...) en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine...»* En cuanto al fundamento y cobertura constitucional de la acción popular, debemos comenzar advirtiendo que aunque la acusación particular y la acción popular integran ambas el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, su fundamento constitucional es diferente⁵². Así, mientras que el acusador popular tiene una legitimación derivada del art. 125 CE y no precisa afirmar que es el ofendido por el delito para que se le reconozca el derecho a ejercitar la acción penal, la legitimación del acusador particular deriva directamente del art. 24.1 CE., en cuanto que perjudicado por la infracción penal. La protección en amparo del acusador popular requiere, por ello, que la defensa del interés común sirva para sostener un interés legítimo y personal⁵³. Como botón de muestra de las diferencias entre la acusación particular y popular en el ámbito de la jurisdicción ordinaria nos encontramos con la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2006, que destaca lo siguiente: *«El art. 101 LECrim establece que la acción penal es publica y que todos los ciudadanos podrán ejercerla con arreglo a los principios de la Ley. Así consecuentemente el ejercicio de la acusación de los procesos penales no se atribuye en régimen de monopolio del Ministerio Fiscal, al contrario con carácter general, se establece que todos los ciudadanos podrán ejercitar la acción popular, a su vez, el art. 19 LOPJ precisa también que los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercitar la acción popular, en los casos y formas establecidos por la Ley, lo que determina que puestos en relación estos artículos con los artículos 105, 270, 271 y 280 LECrim. el acusador popular debe comparecer en la causa por medio de procurador con poder especial y letrado, sin que pueda serle nombrado de oficio. Además debe constituir fianza de la clase y cuantía que el juez determine para responder de las resultas del juicio.*

⁵² SSTC 108/1993, 115/1994, 147/1995 y 136/1997.

⁵³ STC 50/1998.

Es decir, la tutela jurisdiccional en materia penal incluye el ejercicio de la acción penal por las personas privadas, como consecuencia de lo cual, e independientemente de la que viene encomendada al Ministerio Fiscal que tiene el derecho-deber de ejercitar la acción penal (art.105 LECrim), como defensor de la legalidad (arts.124.1 CE y 435 LOPJ), se atribuye su ejercicio a los propios perjudicados por el delito mediante la llamada acción particular, así como también a todos los ciudadanos, sean o no ofendidos por el delito, a través de la acción popular, lo cual nada tiene que ver para que el legislador tenga previsto una serie de particularidades en este último caso, con objeto de evitar abusos ilegítimos, tales como las referidas a la presentación de la querrela a la que alude el artículo 270 o a la prestación de fianza del artículo 280 ambos LECrim».

La particularidad de las leyes procesales militares es el silencio de las mismas sobre la acción popular, silencio que es interpretado por los Tribunales Castrenses como negativa a su admisión ya que, si antes de 2004 aun existían restricciones para ejercer la acusación particular por el ofendido o perjudicado por el delito en ciertos supuestos, se concluía con ello que la Ley ni siquiera se planteaba la figura del acusador popular. Posiblemente encontremos en este razonamiento la respuesta a la omisión de la Ley. Porque si omisión –con anterioridad a la STC 179/2004– lo hubiésemos entendido como reconocimiento de la institución quedaría con ello la puerta abierta al fraude de ley ya que las personas que con arreglo a la legislación procesal anterior tuviesen vedado el acceso a la acusación particular, podrían ejercerla por la vía del supuesto reconocimiento tácito a la acusación popular. Incluso en la vigente legislación se da una paradoja. Se trata de lo siguiente: en el art. 143 LOPM, circunscrito en la sección 1^a, relativa a las diligencias previas, se prevé que *«el auto por el que se adopte alguna de las medidas a las que se refiere el artículo 141, será apelable por el Fiscal Jurídico Militar, por los Mandos Militares promotores del parte, por el denunciante y por el perjudicado»*. Curiosamente al único que no se legitima para impugnar dichas medidas es al supuesto «inculpado», si se le puede llamar así en esta fase. Pero lo verdaderamente llamativo es que el denunciante (que perfectamente pudo ser una asociación representante de «intereses difusos» u otro particular sin interés directo) dispone de recurso de apelación con lo que puede así introducir una suerte de acción popular encubierta. Se trata, como dice FERNÁNDEZ DOTÚ, «materialmente» de una acusación y postula su reforma para eliminar esta posibilidad⁵⁴.

⁵⁴ FERNÁNDEZ DOTÚ, P.J., «Acusación particular y acción civil en el proceso penal militar en tiempo de paz: unas consideraciones críticas», *Revista Española de Derecho*

De la jurisprudencia más arriba citada extraemos, por tanto, que la acusación particular, al derivarse del art. 24.1 CE, puede considerarse, una vez establecido en las leyes de procedimiento, una manifestación del Derecho a la tutela judicial efectiva en tanto que posibilita el acceso al proceso en defensa de derechos o intereses legítimos. De la acción popular no puede predicarse lo mismo. Su fundamento constitucional no es el art. 24.1 CE –sin perjuicio de que, una vez establecida, tenga relación con él⁵⁵– sino el art. 125 del Texto Fundamental, que lo prevé de estricta configuración legal. Es decir, será la Ley la que disponga en qué procedimientos penales existe y de qué forma⁵⁶. La problemática constitucional sobre la ausencia de previsión expresa en las leyes procesales militares de la acción popular fue abordada por la STC 64/1999, de 26 de abril, que resuelve un recurso de amparo de la Associació d'Informació per a la Defensa dels Soldats contra el Auto del Tribunal Militar Territorial Primero que desestimó recurso de súplica contra resolución anterior que denegó la solicitud de la parte recurrente de intervenir, en calidad de acusación popular, en un procedimiento penal militar. Pues bien, los argumentos de la demandante⁵⁷ se basaban, en esencia, en lo siguiente:

Militar, nº 76, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Ministerio de Defensa, Madrid, 2000, págs. 200 y 201. Mantiene asimismo este autor que la redacción actual del art. 143 LOPM «resulta aún más incongruente en relación con el veto que se formula –por la simple no mención de la posibilidad– respecto al ejercicio en el proceso penal militar de la acción popular, pues si se da el caso, no infrecuente, de que el denunciante, no sea el perjudicado u ofendido por el delito, al arbitrar a su favor la vía del recurso contra el auto de archivo dictado por el Juez Togado en unas diligencias previas, y con ello, la posibilidad de acusar materialmente, y de hecho instar del Tribunal Superior, mediante la revocación del auto recurrido, la incoación del proceso penal, propiamente tal, se está de hecho abriendo una puerta indirecta, no sólo al ejercicio de la acción popular, sino a la propia querella, pues el recurso puede fundarse incluso en la deficiencia de la prueba practicada y en el ofrecimiento de nuevas pruebas que den razón de la existencia del delito y posible responsabilidad del denunciado». Pág. 199.

⁵⁵ STC 64/1999, de 26 de abril. FJ 4 *in fine*.

⁵⁶ Art. 125 CE: *Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular (...) en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine...*»

⁵⁷ En esencia las mismas razones se esgrimen en el trabajo de SOLÉ RIERA, J., *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1996, nº 3-4, págs. 513-538) que sostiene que «la normativa procesal militar vigente no regula específicamente el ejercicio de la acción popular ante la jurisdicción militar pero tampoco la prohíbe expresamente». Por otra parte, propugna la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ya que «los art. 101 y 270 LECr son también aplicables al proceso penal militar, ya que se refieren a una cuestión no regulada en la LPM y no se oponen (ni contradicen) a ninguna de las normas contenidas en la propia LPM». Esa supuesta laguna de la legislación procesal militar no es tal o, por lo menos no cabía atribuirle los efectos que SOLÉ RIERA defiende, antes de la Sentencia constitucional de 2004 que elimina los límites al ejercicio de la acusación particular en tiempo de paz, tras la cual la interpretación del silencio de la Ley, en mi opinión, ha de ser diferente. SOLÉ RIERA llega a defender que la

La proclamación de que el ejercicio de la acción popular constituye un derecho fundamental incardinado en el art. 24.1 CE, del que nadie puede ser privado, ni siquiera en el ámbito de una jurisdicción especial como la militar.

Que en la legislación orgánica y procesal militar no existe una prohibición ni expresa ni implícita de la acción popular, lo que, a su juicio, sería preciso, para entenderla excluida de dicho ámbito por la ley.

Que sobre la base de la distinción entre la acción popular y la acusación particular, a su juicio, proclamada en nuestra jurisprudencia, la falta de regulación de la primera en la legislación procesal militar, sin exclusiones de la misma, permite la aplicación al supuesto no regulado de lo establecido al respecto por la LECrim., dado lo dispuesto en la Disposición adicional primera de la Ley Procesal Militar.

La preferencia de la interpretación más favorable al ejercicio de la acción popular en el proceso penal militar, como criterio adecuado a la mayor efectividad del derecho fundamental de tutela judicial efectiva, del que aquella forma parte⁵⁸.

ley –antes de 2004- permite «(porque no lo prohíbe)» «que la acción penal sea ejercida por un tercero en calidad de acusador popular, aún en el caso de que el delito se impute a un militar y el ofendido o perjudicado por el delito sea otro militar que se halle en relación de subordinación jerárquica con el inculcado». Observamos, por tanto, que con esta interpretación, antes de 2004 como indicamos más arriba, quedaría abierto un gran resquicio al fraude de ley posibilitando al militar ofendido o perjudicado el ejercicio de la acción popular cuando no podría materializar sus pretensiones por la vía de la acusación particular debido a las restricciones a la misma que contenían las leyes procesales militares. SOLÉ RIERA sostiene asimismo –de igual manera que los demandantes de amparo en el recurso resuelto por la STC 64/1999, de 26 de abril- que el ejercicio de la acción popular es un derecho fundamental y que las leyes procesales deben interpretarse en el sentido más favorable a la efectividad del mismo, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El problema respecto a este argumento es de partida: no existe un Derecho Fundamental al establecimiento de la acusación popular. Ésta solo podrá ejercerse en la medida en que las leyes de procedimiento efectivamente la prevean. Se trata, por tanto, de una institución de estricta configuración legal. Parece deducirse asimismo que el mencionado autor entiende que las normas procesales militares siguen considerando su regulación como un «mundo aparte» en el sentido explicado por la STC 60/1991, de 14 de marzo. No podemos, en mi opinión, llegar a la conclusión de que el respeto a los principios constitucionales por las leyes procesales militares imponga una regulación idéntica al régimen general previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de la misma manera que no resulta posible pretender que en nuestro Ordenamiento Jurídico exista una legislación procesal penal uniforme. Ejemplo de ello son las distintas leyes procesales, incluso en el ámbito de conocimiento de la Jurisdicción Ordinaria –a saber Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, con diverso tratamiento de las instituciones procesales y, particularmente, por lo que se refiere a la acusación particular y la acción popular, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores, que no contempla la acusación popular y que incluso llegó a prohibir, antes de la reforma operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, la misma posibilidad de personarse como acusador particular.

⁵⁸ STC 64/1999, de 26 de abril. FJ 1.

Frente a estos argumentos y, resultando la institución de la acción popular como de clara configuración legal, no existe un Derecho Fundamental al establecimiento por el Legislador de la acción popular. Así lo declara el Tribunal Constitucional en la mencionada sentencia con la siguiente literalidad: *«Resulta claro así que la Constitución en ese precepto abre a la ley un amplio espacio de disponibilidad, sin precisa limitación, para que en relación con determinados ámbitos jurisdiccionales o tipos distintos de procesos la acción popular pueda, o no, establecerse; y por ello es perfectamente adecuado a dicho precepto constitucional que en determinados procesos no exista tal acción. En otros términos, no hay base en ese precepto, para poder poner en duda la constitucionalidad de una determinada ley procesal (en este caso que nos ocupa la LO 2/1989) por no dar cabida en ella a la acción popular, ni para que la interpretación constitucional de esa Ley deba hacerse en un sentido favorecedor de la existencia de dicha acción.*

Si, pues, no existe imperativo constitucional en razón del cual deba existir la acción popular en un determinado ámbito procesal, a la hora de afrontar la interpretación adecuada de una determinada ley procesal penal (aquí la LO 2/1989), no se plantea adecuadamente el problema, cuando se invierten sus términos, formulándolos en el sentido de si tal ley excluye explícita o implícitamente dicha acción para, en caso negativo, afirmar su existencia. Lo determinante es, si ésta, como dato positivo, se establece en la ley, bien por regulación directa en ella o bien por remisión supletoria a otra en la que esté establecida.

Si no hay consagración explícita de la acción popular en la ley, directa o por remisión, tal acción no existe en el ámbito de que se trate, y esa inexistencia en modo alguno suscita problema alguno de constitucionalidad.

El planteamiento, como se ve, es cabalmente el contrario al de la recurrente, una vez que se ha negado que ni el art. 24, ni en el art. 125 CE exijan de principio el establecimiento de la acción popular en todo tipo de procesos penales»⁵⁹.

Al no suscitarse problema alguno de constitucionalidad, como señala el Supremo Intérprete, en la falta de previsión en las leyes procesales militares de la acción popular, la existencia de la misma dependerá, en ausencia de previsión expresa en la LOCOJM y LOPM, de la posibilidad de aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tal y como dispone la Disposición Adicional Primera de la LOPM; pero este

⁵⁹ FJ 3. Los subrayados son míos.

extremo ya es una cuestión de interpretación de la legalidad ordinaria y no corresponde al Tribunal Constitucional –como él mismo admite– sino a los Tribunales Ordinarios, concretamente a los órganos de la Jurisdicción Castrense⁶⁰. Los Tribunales Militares, como decíamos, interpretaron hasta el momento esta omisión de las leyes procesales militares como una negativa de las mismas a la acción popular⁶¹ ya que, como asimismo indicábamos más arriba, al preverse restricciones al ejercicio de la acusación particular, no parecía razonable, con buen criterio, entender que, sin embargo, la Ley acogía la acción popular, lo que significaría una puerta abierta al fraude de ley. Es decir, no se aplicaba supletoriamente la LECr porque se entendía que no había tal laguna en la legislación procesal militar. Y, agotando hasta el extremo su juicio de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional en la mentada Sentencia 64/1999 declara que la resolución del Tribunal Militar, al realizar esta interpretación, no carece manifiestamente de fundamento ni incurre en error patente ni es irrazonable⁶². Por el contrario, dice el Tribunal que *«el examen de las resoluciones recurridas evidencia que se trata de resoluciones extensamente razonadas, sobre cuya corrección en el plano de la legalidad debemos eludir todo pronunciamiento, como no sea el de rechazar que adolezcan de ninguno de los vicios propios de nuestro control.*

Por otra parte, pese a lo que sostiene el demandante, no es irrazonable entender que tanto la LECrim. como la LO 2/1989, regulan una sola acción penal (no dos, particular y popular) y, por ello, tampoco puede serlo interpretar, como lo han hecho las resoluciones impugnadas, que el régimen de la acción popular establecido en la LECrim no puede aplicarse como supletorio de lo establecido en la LO 2/1989, al resultar incompati-

⁶⁰ FJ 5.

⁶¹ A este respecto advierte no sin razón TURIENZO VEIGA que «se deja en manos de cada uno de los órganos judiciales militares la decisión contingente de decidir sobre su admisibilidad [de la acción popular], sin que hasta la fecha exista un mecanismo que permita la uniformidad de estas decisiones, con lo que comporta esta situación para el principio de seguridad jurídica. Pensemos que las resoluciones de este tipo no llegan al Tribunal Supremo con nuestro sistema casacional actual; tampoco existe hasta la fecha ninguna Circular o Instrucción que diga a los Fiscales Jurídico Militares que criterio es el que deben de seguir ante estos casos, muy posiblemente porque la necesidad no se ha sentido hasta ahora, pero el problema suscitado no deja de existir por este hecho». TURIENZO VEIGA, A., «La desaparición de los límites del ejercicio de la acusación particular en la Jurisdicción Militar y la acusación popular», Colección *Cuadernos Digitales de Formación, Jornadas sobre Jurisdicción Militar 2007*, Consejo general del Poder Judicial, Madrid, 2007, n° vol. 27/2008, págs. 251-266.

⁶² Subrayo estos términos ya que exclusivamente en esos supuestos corresponde al Tribunal Constitucional, según su propia jurisprudencia, examinar la interpretación de la legalidad por los Tribunales Ordinarios.

bles dada la distinta amplitud con que una y otra norma regulan el ámbito de los legitimados para ejercer la acción penal»⁶³.

Ahora bien, en mi opinión, el silencio de las leyes rituarias militares no puede ser interpretado de igual forma tras la sentencia constitucional de 21 de octubre de 2004. Porque, si decíamos que la negativa implícita de la Ley a la acción popular se basaba en la existencia de restricciones al ejercicio de la acusación particular en tiempo de paz, una vez desaparecidas dichas barreras, la interpretación de la legalidad no puede ser la misma. Como dice TURIENZO VEIGA, la STC 179/2004 «quizás sin quererlo incide en la acusación popular al alterar el régimen de la acusación particular en las leyes militares»⁶⁴. Parece necesaria pues una reconstrucción interpretativa de las leyes procesales militares ya que en tiempo de paz ahora no difieren del sistema acusatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Actualmente la omisión no debe interpretarse como prohibición. En este momento sí podemos afirmar (tras la sentencia constitucional de 2004) que si el Legislador hubiera querido prohibir la acción popular, lo hubiese hecho expresamente y así, si desea la inexistencia de dicha figura en el proceso penal militar, lo prohibirá introduciendo una simple reforma en las leyes procesales militares⁶⁵. De lo contrario hay que entender que rige con carácter supletorio el sistema general de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que sí reconoce y regula dicha institución. Si se declara por los Tribunales Cas-trenses la aplicación supletoria de la LECr, hay que entender, con arreglo a la jurisprudencia constitucional ya citada con motivo de pronunciamientos de la Jurisdicción Ordinaria, que la posibilidad de ejercicio de la acción popular en el ámbito de la Jurisdicción Militar se convertiría en un derecho fundamental –de configuración legal– pero con todas las consecuencias, incluido el amparo ante el Tribunal Constitucional, al estar conectado con el art. 24.1 CE (acceso al proceso) aunque su reconocimiento constitucional venga dado por el art. 125.

3.4. LA ACUSACIÓN PARTICULAR Y LA ACCIÓN POPULAR EN TIEMPO DE GUERRA

La LOCOJM, bajo la rúbrica de su Título X, «*De la Jurisdicción Militar en tiempo de guerra*», incardinado en el Capítulo IV, «*De la Fiscalía Jurídico Militar, de la defensa, la acusación particular y la acción civil en*

⁶³ FJ 5.

⁶⁴ TURIENZO VEIGA, A., «La desaparición de los límites del ejercicio de la acusación particular en la Jurisdicción Militar»..., 2007.

⁶⁵ Vid nota 55.

tiempo de guerra», dispone en su art. 168 lo siguiente: «*En tiempo de guerra, en el ámbito de aplicación de este título, no se admitirán la acusación particular, ni la intervención del actor civil, sin perjuicio de la posibilidad de ejercitar la acción civil ante la jurisdicción ordinaria*»⁶⁶.

Como afirma FERNÁNDEZ DE HENESTROSA BALMASEDA «[n]o son muchas las normas que los anteriores Códigos de Justicia Militar para el Ejército de Tierra de 1890, Ley de organización y atribuciones de los Tribunales de Marina [de 10 de noviembre de 1894] y Código de Justicia Militar para los tres Ejércitos de 1945 (...) dedican exclusiva y especialmente a la organización de la jurisdicción militar en tiempo de guerra, y que deben completarse con el Reglamento de Servicio Militar de Campaña (...), consistiendo en la atribución de potestad jurisdiccional al General en Jefe, facultándolo para dictar bandos con la consiguiente extensión de la competencia de la jurisdicción militar»⁶⁷.

En primer lugar resulta clave delimitar cuándo nos encontramos en tiempo de guerra y el art. 13 LOCOJM remite al art. 14 del Código Penal Militar. Este precepto prevé que esta locución «*comprende el período de tiempo que comienza con la declaración formal de guerra, al ser decretada la movilización para una guerra inminente o con la ruptura generalizada de las hostilidades con potencia extranjera, y termina en el momento en que cesen éstas*». De manera que las disposiciones para «tiempo de guerra» no exigen con carácter *sine qua non* una declaración formal de guerra en el sentido del art. 63 CE.

Respecto a las distintas situaciones en que nos encontraríamos en tiempo de guerra y serían aplicables, por ello, las disposiciones del Título X LOCOJM, no presenta dificultades la declaración formal de guerra ya que requiere un acto formal de Su Majestad el Rey, previa autorización de las Cortes Generales, aunque es una previsión realmente en desuso. En cuanto al decreto de movilización para una guerra inminente (aún no declarada) nos encontramos con la dificultad de que las normas sobre movilización nacional se encontraban contenidas en la Ley 50/1969, de 26 de abril, Básica de Movilización Nacional, que ha sido derogada por la Ley 39/2007, de 19 de noviembre de la Carrera Militar, por lo que habría que intentar buscar

⁶⁶ De esta dicción literal obviamente se deduce implícitamente asimismo la prohibición de la acción popular en tiempo de guerra ya que si, aún no admitida en tiempo de paz y, establecidas determinadas restricciones al ejercicio de la acusación particular en tiempo de paz en el momento de la aprobación de la LOCOJM, no parece razonable interpretar que la ley admita la posibilidad del ejercicio de la acción popular en tiempo de guerra.

⁶⁷ FERNÁNDEZ DE HENESTROSA BALMASEDA, L., *Comentarios a las Leyes Procesales Militares (Tomo I)*, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995, véase pág. 818.

apoyatura legal a la Movilización en los preceptos de esta última norma y de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre de la Defensa Nacional⁶⁸. Respecto a la ruptura generalizada de hostilidades, parece ser el concepto más indeterminado de todos los que pueden determinar la aplicación del art. 157 y ss. LOCOJM. Ahora bien, como dice FERNÁNDEZ DE HENESTROSA BALMASEDA «hará falta, aunque sólo sea a efectos internos, una declaración formal y pública de autoridad competente haciendo saber que han entrado en vigor las disposiciones especiales previstas para tiempo de guerra, pues no debe quedar al arbitrio de cada tribunal valorar el grado de generalización de ruptura, en aras del principio de legalidad»⁶⁹.

En realidad, las disposiciones para tiempo de guerra previstas en la LOCOJM se han revelado inaplicables ya que hoy día no se declaran formalmente las guerras ni siquiera la ruptura generalizada de las hostilidades. Sí podría plantearse la aplicación de ciertos preceptos de la LOCOJM para tiempo de guerra a situaciones de crisis, a saber, fundamentalmente en caso de estado de sitio declarado conforme a los arts. 55 y 116 CE⁷⁰ y en el caso de los teatros de operaciones cuando las Fuerzas Armadas españolas se encuentren en misiones en el exterior que exijan el uso de la fuerza, en cuyo caso las citadas disposiciones especiales de la LOCOJM o de la Ley Procesal Militar, en su caso, deberían quedar circunscritas al espacio concreto en que se desarrolle la misión.

Centrándonos en concreto en la prohibición impuesta en el art. 168 LOCOJM, escribía en 1995 FERNÁNDEZ DE HENESTROSA BALMASEDA —por tanto, antes de la eliminación de restricciones al ejercicio de la acusación particular en tiempo de paz— que «los arts. 108 de la LOCOM y 127 de LPM impiden ejercer la acusación particular y la acción civil cuando el ofendido o perjudicado y el inculpado sean militares y exista relación jerárquica de subordinación.

La razón es la protección de la disciplina. En este art. 168, ambas acciones se prohíben en todo caso, incluso cuando ni siquiera sean militares los ofendidos e inculpados. Por lo tanto la razón de ser de este precepto es solo la celeridad y simplificación del proceso»⁷¹.

⁶⁸ Vid. art. 29 a) que se refiere a la incorporación «de los reservistas que se consideren necesarios». Esta previsión se desarrolla en el art. 122 y ss. de la Ley 39/2007, de la Carrera Militar.

⁶⁹ FERNÁNDEZ DE HENESTROSA BALMASEDA, L., *Comentarios a las Leyes Procesales Militares (Tomo I)*, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995, véase pág. 819.

⁷⁰ Vid. asimismo arts. 32 a 36 de la LO 4/1981, de 1 de junio de los estados de alarma, excepción y sitio.

⁷¹ FERNÁNDEZ DE HENESTROSA BALMASEDA, L., *Comentarios a las Leyes Procesales Militares (Tomo I)*, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995, véase págs. 828 y 829.

La prohibición total del ejercicio de la acusación particular y, por ende, de la acción popular en tiempo de guerra implica que el art. 168 impone el monopolio absoluto del Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acusación en dichas circunstancias en el sentido previsto en la Legislación Procesal Militar histórica para tiempo de paz.

Las razones aducidas por la doctrina, como vemos, para tan drástica prohibición en extremas circunstancias estriban en la celeridad y simplificación del proceso, la protección de la disciplina como factor de cohesión de las Fuerzas Armadas y la nociva presencia de litisconsortes junto al Ministerio Fiscal en el proceso penal militar en tiempo de crisis formalizado a través de instrumentos previstos en la LOCOJM.

Ahora bien, tras la STC 179/2004 se hace precisa una revisión del fundamento constitucional del monopolio acusatorio del Ministerio Fiscal, incluso en tiempo de guerra. A mi juicio no bastará sin más que el Legislador justifique el veto a cualquier posibilidad de ejercicio de la acusación particular (otra cosa es la acción popular) en razones de disciplina o de la necesaria celeridad del proceso. En cuanto a esto último, porque, si es que realmente admitimos que la presencia de un acusador particular pone en riesgo la simplicidad del proceso, con ello se desvirtuarían los fines mismos del proceso penal y, a la postre, los principios constitucionales que la configuración de la Jurisdicción Militar debe respetar. Aunque es jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional que no existe un Derecho Fundamental derivado del art. 24 CE al establecimiento de la acusación particular y de la acción popular⁷², la prohibición total y absoluta del ejercicio de la acusación para defender sus derechos o intereses legítimos *ex art. 24 CE* en un proceso penal, teniendo en cuenta la configuración de la Jurisdicción Militar y, particularmente, de la Fiscalía Jurídico-Militar en tiempo de guerra⁷³, poco parece compadecerse con los principios constitucionales y con el Derecho Fundamental a un proceso justo y con todas las garantías, ya que un Ministerio Fiscal fuertemente jerarquizado llegaría a disponer realmente del proceso pudiendo solicitar el sobreseimiento o incluso retirando la

⁷² SSTC 64/1999, 81/1999, 280/2000 y 179/2004.

⁷³ Además de la previsión del art. 92 LOCOJM en orden a la posibilidad de que el Ministro de Defensa –y, por ello, el Ejecutivo– pueda impartir órdenes e instrucciones al Fiscal Togado referentes a las actuaciones que deben adoptarse para la mejor aplicación de las leyes ante los Tribunales y Juzgados Militares, resultan reveladores el art. 157 y ss., particularmente el 161 relativo al libre nombramiento y relevo de cuantos ejercen cargo o destino en la jurisdicción militar por parte del Gobierno, Ministro de Defensa o Autoridades en quienes deleguen, salvo en la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo.

acusación⁷⁴ sin que al particular ofendido por el delito le cupiese ninguna posibilidad de impetrar la tutela judicial efectiva, colocándole en una grave situación de indefensión constitucionalmente prosrita, a mi juicio, incluso en tiempo de guerra ya que, según el Tribunal Constitucional, la legitimidad constitucional, para no producir indefensión al particular, de la exclusión o prohibición del ejercicio de la acusación particular requiere de una justificación asentada en poderosas razones, orientada a la protección de bienes o derechos constitucionalmente relevantes⁷⁵. En cuanto a la disciplina, como se ha indicado más arriba, constituye, según el Tribunal Constitucional, un valor imprescindible para la garantía de la cohesión de las Fuerzas Armadas y de la consecución de las altas funciones que le encomienda el art. 8.1 CE, elevado además a la categoría de principio configurador de la Institución Militar. Pero ello no debe significar que el enfrentamiento procesal entre militares de distinto empleo –ni siquiera en tiempo de guerra– afecte al valor de la disciplina, tal y como se ha ocupado de razonar el Supremo intérprete de la Constitución en las SSTC 115/2001 y 179/2004 (a las que nos hemos referido más arriba). De manera que, como afirma el Tribunal, en la última de las resoluciones indicadas *«el valor o principio de la disciplina militar no debe extravasar su propio ámbito para proyectarse en el seno del proceso, en cuanto éste es instrumento de enjuiciamiento y satisfacción de pretensiones, y ello aunque tal proceso, como el sustanciado por la jurisdicción militar en averiguación y castigo de los delitos y faltas militares, ofrezca algunas peculiaridades, que deberán, en todo caso, atenerse a la exigencia del art. 117.5 CE, de estar reguladas «de acuerdo con los principios de la Constitución»»*⁷⁶. No obstante, ya en la STC 24/1999 había tenido ocasión el Tribunal de anticipar su postura acerca de la disciplina como pretendido límite a la tutela judicial efectiva declarando que *«en ningún supuesto pueden plantearse como antagónicas la disciplina de los ejércitos y la tutela judicial de quienes forman*

⁷⁴ Hablaba en 1994 ROJAS CARO, respecto a las restricciones a la acusación particular, de un monopolio del Ministerio Fiscal en el proceso penal militar lo que, según él, ocasionaba «el riesgo cierto de que, con este práctico monopolio, el Ministerio Fiscal se convierta en árbitro del proceso, en juez y parte, singularmente cuando se pide el sobreseimiento o la absolución o retira la acusación, porque esas peticiones son vinculantes para el Tribunal, y un error en la petición fiscal no hay modo de subsanarlo (...), comprometiéndose y frustrándose con ello el fin del proceso, que es el de averiguar la existencia de un delito y castigarlo, en su caso». ROJAS CARO, J., «El monopolio acusador del Ministerio Fiscal ¿Puede frustrar el fin del proceso?», *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos y Procedimientos Militares*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pág.656.

⁷⁵ STC 115/2001, de 10 de mayo, FJ 11.

⁷⁶ FJ 7.

en sus filas. La jurisdicción militar, sin perder las características que le son inherentes y la justifican constitucionalmente, ha de ser ante todo «jurisdicción», y, como tal, una manifestación de la función a la cual constitucionalmente se confía aquella tutela»⁷⁷.

Por lo que se refiere a la acción popular en tiempo de guerra, razones constitucionalmente fundadas como el negativo régimen de un litisconsorcio del acusador popular junto al Ministerio Fiscal y al acusador particular en circunstancias realmente excepcionales así como los perniciosos efectos sobre la Defensa Nacional que pudiera acarrear la apertura a la acción popular de la posibilidad de acusación por cualquiera de los delitos contemplados en la legislación penal militar hacen aconsejable su prohibición en tal coyuntura. Pero es igualmente conveniente que el Legislador lo haga constar así de forma expresa en la legislación procesal militar, de igual manera que es deseable que lo haga en tiempo de paz si lo que desea es prohibir la posibilidad de ejercicio de la acusación popular en el ámbito de la Jurisdicción Militar, algo que, como sabemos, se trata de una opción constitucionalmente legítima del Legislador, dado que la posibilidad de que los ciudadanos ejerciten la acción popular es de estricta configuración legal.

IV. EL RÉGIMEN DE RECURSOS EN CASO DE SANCIONES POR FALTAS DISCIPLINARIAS LEVES Y SU ADECUACIÓN A LA CONSTITUCIÓN

4.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En el Derecho Militar histórico la potestad de sancionar –bien disciplinaria o penalmente– era una facultad ligada tradicionalmente al Mando, llegando a estar prácticamente confundidos el régimen disciplinario y el penal como los dos pilares coactivos en que el Jefe Militar se apoyaba para el mantenimiento de la Disciplina. Teniendo en cuenta esta concepción instrumental del *ius puniendi* –tanto del disciplinario como del penal– al servicio de la autoridad militar en orden a la garantía última de la Disciplina, nos parece obvio decir que el ejercicio de la potestad disciplinaria resultaba inmune a cualquier control jurisdiccional.

En los Códigos históricos –particularmente en el de 1945– se llegó a compilar no solo las normas penales y procesales militares sino también las disciplinarias. Eran conocidos como Códigos-vademécum. Pues bien,

⁷⁷ FJ 4.

en el Código de Justicia Militar de 1945 se establecían tres procedimientos disciplinarios: un «expediente judicial» (arts. 1003 a 1006) para las faltas graves; otro para las faltas leves, que, en realidad, no se le podía calificar de auténtico procedimiento sino más bien de la forma de imponer sanciones «de plano» ya que las mencionadas infracciones se sancionaban «directamente previo el oportuno esclarecimiento por los jefes respectivos, con arreglo a sus facultades» (art. 1007.1) y, por último, el expediente gubernativo (arts. 1011 a 1024) que podía terminar con la separación del servicio. En ninguno de estos supuestos era posible la revisión en sede jurisdiccional de las actuaciones administrativas, ni siquiera de verdaderos recursos administrativos. Únicamente respecto a las sanciones por faltas leves era posible una suerte de recursos de alzada en cascada hasta llegar al Jefe del Estado «por medio del Ministerio del que dependan» (art. 1007). Era este «recurso» de alzada la consagración legislativa de una tradición que partía de las Ordenanzas de Carlos III y que se mostraba en desuso por su escasa utilidad práctica. Respecto a las faltas graves no era posible siquiera el recurso administrativo ya que «la Autoridad Judicial, de acuerdo con su Auditor, dictará la resolución que estime justa, la cual será firme». (art. 1004). La referencia por la Ley a un expediente judicial cuya resolución final correspondía a la Autoridad Judicial, como si de un procedimiento penal se tratase no debe llevarnos a engaño. Existía una intervención judicial pero no se trataba de un procedimiento judicial sino administrativo sin posibilidad de fiscalización jurisdiccional⁷⁸.

⁷⁸ Aunque se le denomine expediente judicial se trata de un procedimiento administrativo y ya lo pone de manifiesto el Tribunal Constitucional en la STC 21/1981, de 15 de junio cuando manifiesta que «es preciso señalar, sin embargo, que la vía judicial a que alude el art. 1003 del Código de Justicia Militar y que se concreta en el expediente judicial regulado en el art. 1004 no corresponde al concepto de procedimiento judicial al que alude el art. 207 del mismo Código. El art. 207 distingue entre ambos conceptos al recoger la distinta naturaleza de las infracciones que dan lugar a uno y otro procedimiento y afirmar que «sólo se reputarán penas las impuestas por los Tribunales en virtud de procedimiento judicial. Las correcciones que se impongan judicial, gubernativa o disciplinariamente no se considerarán penas, aunque sean de la misma naturaleza que las establecidas en esta Ley». Y, congruentemente con ello, el art.211 prevé como pena militar más leve de privación de libertad la de prisión militar con una extensión de seis meses y un día a doce años, mientras que las que llama «correcciones» para castigar las faltas tienen su máxima duración en el arresto militar de seis meses. Los arts. 851 y 852 del Código de Justicia Militar distinguen también entre ambos procedimientos al señalar que las Sentencias son las resoluciones definitivas de los procedimientos judiciales, mientras que los expedientes de esta índole han de resolverse por Auto. Y la propia estructura del expediente judicial no responde a la estructura de un proceso judicial de carácter penal, sino que se corresponde perfectamente con la de los expedientes administrativos en el ámbito civil, con una fase de instrucciones en la que el Instructor reúne funciones que en el procedimiento criminal se distribuyen entre el Juez Instructor y el Ministerio Fiscal, y una fase de resolución en la que el órgano

Pero esta exención del control jurisdiccional respecto a la materia disciplinaria militar fue una constante en el Derecho histórico. Así la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de septiembre de 1888 y, particularmente, su Reglamento de 29 de diciembre de 1890 consideraban ejercicio de potestades discrecionales por parte de la Administración y, por tanto, inmunes al control jurisdiccional *«las cuestiones pertenecientes al orden público o de gobierno, o que afecten a la organización del Ejército o a la de los servicios generales del Estado, y las disposiciones de carácter general relativas a la salud e higiene públicas, al orden público y a la defensa del territorio, sin perjuicio del derecho a las indemnizaciones a que puedan dar lugar»*. A mayor abundamiento, el art. 6 del citado Reglamento vedaba el contencioso-administrativo respecto a *«las correcciones disciplinarias impuestas a los funcionarios públicos, civiles y militares, excepto las que impliquen separación del cargo de empleados públicos inamovibles según ley»*. Este sistema de exenciones se reiteró en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 que, además de la cláusula general del art. 2 b), preveía en su art. 40 lo que sigue:

«No se admitirá recurso contencioso-administrativo respecto de: (...)»

c) *Las Órdenes ministeriales que se refieran a ascensos y recompensas de jefes, oficiales y suboficiales de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire, por merecimientos contraídos en campaña y hechos de armas.*

d) *Las resoluciones dictadas como consecuencia de expedientes gubernativos, seguidos a oficiales, suboficiales y clases de tropa o marinería con arreglo al art. 1011 y siguientes del Código de Justicia Militar; las demás resoluciones que tengan origen en otros procedimientos establecidos por el mismo Código, y las que se refieran a postergaciones impuestas reglamentariamente. (...)*

e) *Los actos que se dicten en virtud de una ley que expresamente les excluya de la vía contenciosa-administrativa»*⁷⁹.

Como bien dice PEÑARRUBIA IZA «con la promulgación de la Constitución, el juego de los artículos 24 y 106.1 de la Constitución, en los que se proclama el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva

a quien corresponde la decisión no está especializado y coincide con la propia autoridad administrativa. Las faltas militares graves y sus correcciones no forman parte en el Código de Justicia Militar del Derecho penal, sino del régimen disciplinario, y así se reconoce expresamente en la reserva contenida en el Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales». FJ 7. Los subrayados son míos.

⁷⁹ El Tribunal Constitucional en el Auto 60/1980, de 22 de octubre considera derogado por la Constitución este precepto por contravenir lo dispuesto en los arts. 24 y 106.1 del texto Fundamental.

sin que pueda haber indefensión, así como el control jurisdiccional de la actividad administrativa y de la potestad reglamentaria, ha determinado la imposibilidad de zonas de inmunidad al control jurisdiccional de los actos administrativos, cualquiera que sea el órgano del cual emanan, teniendo además en cuenta que esos principios se completan con la plenitud que supone la atribución a los órganos judiciales de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos»⁸⁰. La nueva Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa consagra la plena justiciabilidad de la actividad administrativa, eliminando la referencia a los «actos políticos del Gobierno» como inmunes a la fiscalización de los órganos jurisdiccionales⁸¹.

Pues bien, tras la tramitación de la Nueva Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas se considera inmune al control judicial las sanciones por falta leve y se atribuye el control jurisdiccional de la potestad disciplinaria (en los casos en que resultase posible) a los órganos de la Jurisdicción Militar⁸². Tras la

⁸⁰ PEÑARRUBIA IZA, J. M^a., «Presupuestos constitucionales de la Función Militar», Cuadernos y debates, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pág. 320.

Véase asimismo MILLÁN GARRIDO, A., «La Jurisdicción Militar en el actual ordenamiento constitucional» (Análisis específico de la tutela jurisdiccional en el ámbito disciplinario militar) dentro de *Constitución y Jurisdicción Militar*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1997, págs. 70 a 103.

⁸¹ Concretamente, en su Exposición de Motivos (II) lo justifica de la siguiente manera: «La Ley parte del principio de sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, verdadera cláusula regia del Estado de Derecho. Semejante principio es incompatible con el reconocimiento de cualquier categoría genérica de actos de autoridad-llámense actos políticos, de Gobierno, o de dirección política-excluida *per se* del control jurisdiccional. Sería ciertamente un contrasentido que una Ley que pretende adecuar el régimen legal de la Jurisdicción Contencioso-administrativa a la letra y el espíritu de la Constitución, llevase a cabo la introducción de toda una esfera de actuación gubernamental inmune al derecho. (...) Los intentos encaminados a mantenerlo (...) resultan inadmisibles en un Estado de Derecho». Pero incluso en las que se conocen como potestades discrecionales de la Administración, por oposición a las regladas, la Ley dispone una serie de aspectos sobre los que, en todo caso, será posible el control jurisdiccional: «los derechos fundamentales, los elementos reglados del acto y la determinación de las indemnizaciones procedentes». [E.M. II, in fine, art. 2 a)]. Los subrayados son míos.

⁸² El Tribunal Constitucional en el Auto 60/1980 se había pronunciado a favor de la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; sin embargo, en la STC 21/1981 parece posicionarse favorablemente a que dicha tutela jurisdiccional respecto a la materia disciplinaria militar se proporcione por la Jurisdicción Castrense. De una forma mucho más nítida, la STC 22/1982, de 12 de mayo, donde ya excluye la posibilidad de control por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en atención a la naturaleza estrictamente castrense de la potestad disciplinaria. El posterior ATC 43/1984, de 25 de enero arbitra además el medio de impugnación ante la Jurisdicción Militar, a saber, el antiguo recurso de queja ante el Consejo Supremo de Justicia Militar, con la finalidad de satisfacer el Derecho a la tutela judicial efectiva.

aprobación de la LOCOJM 4/1987, la LOPM 2/1989 establece el recurso contencioso-disciplinario preferente y sumario en orden a la tutela judicial respecto a las sanciones disciplinarias (incluidas aquellas impuestas por falta leve) que «afecten al ejercicio de derechos fundamentales señalados en el art. 53.2 de la Constitución». (art. 453.3). De forma que se establece el siguiente régimen legal respecto al control judicial de la potestad disciplinaria militar, perfectamente resumido en la STS de la Sala 5ª de 1 de octubre de 1990:

«a) Se mantiene la inviabilidad del recurso contencioso-disciplinario militar ordinario contra los actos definitivos en vía disciplinaria sancionadores de faltas leves, por estimar, sin duda, que la disciplina debe ser restablecida de modo inmediato y dado también el carácter atenuado y leve de las sanciones previstas en la Ley.

b) Se instaura la impugnabilidad, a través de un procedimiento de tramitación preferente y sumaria, de las sanciones que recaigan por faltas leves, y que tengan carácter definitivo en vía disciplinaria, cuando las mismas afecten al ejercicio de los derechos fundamentales».

De manera que el problema de tutela judicial efectiva se planteará en aquellos supuestos en que se vede el conocimiento por los Tribunales de sanciones por faltas leves, lo que seguirá sucediendo respecto a sanciones disciplinarias de esta naturaleza que no afecten al ejercicio de derechos fundamentales o incluso en aquellos supuestos en que se recurran sanciones por faltas disciplinarias leves pero el recurrente invoque motivos de legalidad ordinaria, algo de lo que el órgano jurisdiccional no podrá conocer a través del recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario, ya que éste es un procedimiento de cognición limitada a las vulneraciones de derechos Fundamentales. Aunque esto último ha sido reparado por la jurisprudencia de la Sala 5ª, la imposibilidad –todavía vigente en la LOPM– de que los órganos jurisdiccionales fiscalicen las sanciones por falta leve donde no quedan afectados los Derechos Fundamentales sigue siendo una barrera a la tutela judicial efectiva que está pendiente de respuesta del Tribunal Constitucional tras la STC 202/2002, de 28 de octubre, que plantea cuestión de inconstitucionalidad ante el Pleno del Tribunal respecto al art. 453 LOPM en su relación con el art. 468 b). Aunque de este problema nos ocuparemos más adelante, sí debemos adelantar ahora que la Sala 5ª ha arbitrado el recurso contencioso-ordinario –tras la Sentencia constitucional de 2002– a efectos de impugnación de las sanciones por faltas leves donde no queden afectados los Derechos Fundamentales.

4.2. LEGITIMACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA Y DE LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN MILITAR PARA CONOCER DE LA MISMA

Bien podemos explicar el fundamento de la potestad disciplinaria militar con las certeras palabras de PEÑARRUBIA IZA: «Tradicionalmente, el estatuto jurídico de los servidores públicos, tanto si son militares como si se trata de funcionarios civiles, se ha visto dominado por una idea: la de su especial régimen. Esta peculiaridad de estatuto ha hecho que los derechos de los servidores públicos hayan sido afectados por diversas restricciones, cuando no por verdaderas exclusiones de titularidad, en virtud de lo que la doctrina germánica denominó como «relaciones de especial sujeción», término que ha hecho fortuna, aunque no sea pacíficamente admitido por toda la doctrina, en otros ordenamientos como el español...»⁸³. La relación de los militares con la Administración es, pues, una relación de especial sujeción o de supremacía especial frente a la supremacía general que define las relaciones de la Administración con el resto de los ciudadanos. A esta singularidad se une la previsión del art. 25.3 CE que *sensu contrario* habilita a la Administración Militar para imponer sanciones privativas de libertad. Por ello, debemos acudir a los anteriores argumentos jurídicos para fundamentar la potestad disciplinaria militar sin que baste la mera invocación del principio de la Disciplina Militar o las singularidades del ámbito castrense. Ya tuvo ocasión de ponerlo de manifiesto el Tribunal Constitucional en la STC 21/1981, de 15 de junio, donde adelanta lo que será su doctrina posterior y que podemos considerar hoy día plenamente aplicable respecto a la imposibilidad de fiscalizar en sede jurisdiccional las sanciones por falta leve. Mantiene así que «la Constitución Española reconoce la singularidad del régimen disciplinario militar. Del art. 25.3 se deriva a *sensu contrario* que la Administración militar puede imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privaciones de libertad. Y el art. 17.1 establece que nadie puede ser privado de su libertad, sino en los casos y en la forma prevista en la Ley. De ambos artículos se deduce la posibilidad de sanciones disciplinarias que impliquen privación de libertad y la remisión a la Ley para la fijación de los supuestos»⁸⁴. (...) La acotación legal de este campo de acción disciplinaria tiene evidentes repercusiones en el sistema de garantías procesales»⁸⁵. Sin embargo declara el Tribunal que «la extensión

⁸³ PEÑARRUBIA IZA, J. M^a., *Presupuestos constitucionales de la Función Militar, Cuadernos y debates*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pág. 87.

⁸⁴ FJ 8

⁸⁵ FJ 9.

de los derechos fundamentales a todos los ciudadanos, como derechos inherentes a la propia personalidad, exige que las limitaciones a su ejercicio basadas en la «reacción de sujeción especial» en que se encuentran ciertas categorías de personas sólo sean admisibles en la medida en que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación especial. Y en este sentido es de señalar que el cometido que la acción disciplinaria militar ha de cumplir y que puede justificar alguna limitación de las garantías procesales no queda desvirtuado con el posterior ejercicio del derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales reconocido en el art. 24.1 de la Constitución (...) Por el contrario, para que dicha acción disciplinaria se mantenga dentro del marco constitucional es necesaria la existencia de un sistema de tutela judicial que posibilite la revisión por órganos jurisdiccionales de las resoluciones adoptadas, a través de un procedimiento que permita al inculcado ejercitar plenamente su derecho a la defensa»⁸⁶. Por lo tanto, ya tempranamente el Supremo Intérprete declaró que la satisfacción de la tutela efectiva y, por ello, los recursos frente a las sanciones disciplinarias ante los órganos jurisdiccionales no suponen merma alguna por sí misma de la Disciplina como ha continuado pretendiendo algún autor. Así ROJAS CARO critica fuertemente cualquier posibilidad de tutela judicial de las sanciones disciplinarias por falta leve cualquiera que éstas sean. Sostiene fundamentalmente su postura en dos argumentos: En primer lugar, que se trata de «una solución perturbadora de la disciplina y la vida de las Unidades, no ya por la inevitable dilación en la resolución de estos asuntos, sino por las eventuales revocaciones de correctivos que pueden ser altamente perniciosas para la disciplina y depresiva para el mando que impuso la sanción». En segundo lugar, apela a la escasa gravedad de las sanciones por falta leve y considera que la tutela en vía administrativa y, posteriormente judicial, viene a exagerar la dimensión de estos correctivos, resultando como efecto «desorbitar este tema con un ensanchamiento perturbador de las garantías». Entiende, por ello, que las garantías y, en definitiva en este caso, el Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva, «han de subordinarse a la disciplina y a los superiores intereses del Ejército, los cuales demandan un castigo rápido y ejemplar, que quede firme cuanto antes»⁸⁷. Como tendremos oportunidad de examinar más adelante, hoy no resulta posible sostener dicha concepción de la facultad disciplinaria como una «cápsula» o un «mundo aparte» exentos de cualquier control judicial. La potestad disciplinaria sigue siendo

⁸⁶ FJ 15. El subrayado es mío.

⁸⁷ ROJAS CARO, J., *Derecho Disciplinario Militar*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 180.

actividad administrativa –en este caso actividad de la Administración Militar– susceptible de control pleno de legalidad por los Tribunales con arreglo al art. 106 CE. Esta plenitud de jurisdicción se articula además como la manifestación de un Derecho Fundamental consagrado en el art. 24 del Texto Constitucional, frente al que no pueden existir ámbitos inmunes de fiscalización judicial. Por otra parte, el presunto efecto perturbador de la disciplina que pueda suponer su control judicial resulta más que dudoso⁸⁸. Así la actividad sancionadora del mando se puede ver confirmada cuando se ajuste al Ordenamiento Jurídico y revocada en caso contrario como sucede con absoluta normalidad con el resto de los sectores de actuación de las Administraciones Públicas. Lo que sí resulta perturbador es la posibilidad de que a la Administración le esté reconocida la posibilidad de imponer sanciones privativas de libertad –algo reconocido como excepción a la Administración Militar en el art. 25.3 CE *sensu contrario*– o incluso cualquier otra sanción que no esté sometida a la posterior revisión y tutela jurisdiccional como corresponde a un Ordenamiento cuya Constitución proclama la voluntad de consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular.

Respecto a la competencia de la Jurisdicción Militar para revisar judicialmente el ejercicio de la potestad disciplinaria, aunque ahora no nos ocupemos de ello *in extenso*, por no ser el objeto de nuestro trabajo, la actuación de los Tribunales Castrenses en esta materia viene reconocida en virtud, al menos, de dos postulados constitucionales:

1. La consideración de la tutela de los Derechos Fundamentales en el ámbito disciplinario militar como inserta en «el ámbito estrictamente castrense» al que se refiere el art. 117.5 de la Constitución.

2. La referencia constitucional a la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del capítulo II ante los

⁸⁸ En este sentido, la STC 24/1999, de 8 de marzo se reafirma en su concepción señalando que la relación de sujeción especial no justifica el desconocimiento de los Derechos Fundamentales del administrado ni implica un entendimiento de la disciplina como opuesto a la tutela judicial y, por ello, a la fiscalización de los órganos jurisdiccionales. Esta línea respecto a la Disciplina militar se verá confirmada por las sentencias constitucionales 115/2001 y 179/2004, respecto a las restricciones a la acusación particular en el proceso penal militar y, en cuanto a la potestad disciplinaria, por la STC 202/2002, de 28 de octubre, a la que tendremos oportunidad de referirnos más adelante. En concreto, la STC 24/1999 declara lo siguiente: «*El cometido que a la potestad disciplinaria le esté asignado en el ámbito castrense y que puede aconsejar una mayor intensidad o contundencia, no debe sin embargo debilitar las garantías procesales, porque en ningún caso ellas desvirtúan su eficacia y aun su ejemplaridad por un eventual enjuiciamiento a posteriori. En ningún supuesto pueden plantearse como antagónicas la disciplina de los ejércitos y la tutela judicial de quienes forman en sus filas.*» (FJ 4). El subrayado es mío.

Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, tutela, en su caso, previa al recurso de amparo constitucional (art. 53.2 CE).

Para la satisfacción de esa tutela ante los «Tribunales ordinarios» por el mencionado procedimiento especial se arbitró la vía de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, hoy ya vaciada de contenido⁸⁹. Pero determinados ámbitos jurisdiccionales quedaron al margen de la aplicación de la Ley 62/1978, entre ellos, el laboral. Respecto a la Jurisdicción Militar, tras diversos avatares en la tramitación parlamentaria, la Ley Orgánica 2/1989, Procesal Militar instaura dos inéditos medios de impugnación de la potestad disciplinaria: el recurso contencioso-disciplinario militar y el procedimiento contencioso-disciplinario militar preferente y sumario cuando la referida potestad sancionadora afecte al ejercicio de los Derechos Fundamentales de la Persona a los que se refiere el art. 53.2 CE. Con ello se consideraron satisfechas las exigencias constitucionales al respecto. No ocurrió así, sin embargo, con la tutela jurisdiccional de las sanciones por faltas leves en las que no queden afectados Derechos Fundamentales, ya que, con arreglo a la actual redacción de la Ley Procesal Militar, resulta imposible su impugnación judicial. Sobre ello tendremos oportunidad de escribir más adelante.

El fundamento de la tutela jurisdiccional por los Tribunales Militares en el ámbito disciplinario militar fue confirmado por el Tribunal Constitucional. Si bien, en un principio pareció inclinarse por la tutela a través de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁹⁰, rápidamente comprendió que la materia disciplinaria correspondía al ámbito «estrictamente castrense» que la Constitución circunscribe a la competencia de la Jurisdicción Castrense. Así, ya en la STC 113/1995 considera, frente a la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que los Tribunales Militares son «Tribunales ordinarios» a los efectos del art. 53.2 de la Constitución. Lo que no alcanzó a comprender el máximo órgano judicial de la Comunidad Autónoma andaluza es que, al margen de la especial configuración de la Jurisdicción Castrense –re-

⁸⁹ La «garantía contencioso-administrativa» fue suprimida por la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, e incorporada como un procedimiento especial en esta misma norma; la «garantía jurisdiccional civil» se eliminó por la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil y, finalmente, los preceptos relativos a la «garantía jurisdiccional penal» fueron derogados por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado.

⁹⁰ *Vid.* nota 83.

conocida por la Constitución—, cuando la Norma Fundamental se refiere a la tutela judicial por los Tribunales Ordinarios lo hace por oposición a la que puede dispensar el Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo⁹¹. El Supremo Intérprete de la Constitución considera, cerrando su argumento, que la Jurisdicción Militar es, aunque con singularidades, una auténtica jurisdicción y, por ello, «los órganos de la jurisdicción militar deben ejercer su potestad jurisdiccional «de acuerdo con los principios de la Constitución» (art. 117.5, in fine, CE), lo que significa, entre otras cosas, que están vinculados a los derechos y libertades fundamentales como todos los poderes públicos y que en el ámbito de su competencia, esto es, en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, han de tutelar igualmente los derechos y libertades señalados en el art. 53.2 de la Constitución⁹².

Si en otra ocasión y a propósito del habeas corpus este Tribunal ha afirmado que la jurisdicción militar es competente para conocer de la vulneración de derechos fundamentales (SSTC 194/1989, fundamento jurídico 5., 44/1991, fundamento jurídico 3., y 106/1992, fundamento jurídico 2.), ningún sentido tiene decir que la jurisdicción militar carece de competencia para tutelar los derechos y libertades señalados en el art. 53.2 CE a través de un procedimiento preferente y sumario, pues eso sería tanto como suponer que la vinculación de los órganos judiciales militares a los derechos fundamentales es menos intensa, lo cual no es constitucionalmente cierto; o que la tutela que de dichos derechos pueden prestar los Tribunales militares en el ámbito de su competencia no puede ser tan efectiva como la de los restantes Tribunales, lo que sería asimismo incierto; o, finalmente, que el art. 53.2 CE estaría consagrando la posibilidad de que, aun en materias propias de su competencia, las características del procedimiento preferente

⁹¹ El Tribunal Constitucional, tras interpretar el significado del vocablo «Tribunales Ordinarios» en el sentido de contraponer su tutela a la que proporciona el Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo, insiste acertadamente en la competencia de la Jurisdicción Militar reconociéndola a través de una suerte de singularidad de la Jurisdicción Militar, lo que hace a sus órganos como ordinarios dentro de lo excepcional expresado en la locución constitucional «lo estrictamente castrense». De manera que los Jueces y Tribunales Militares serían los predeterminados por la ley en el marco de la especialidad que supone «lo estrictamente castrense». Así el Supremo Intérprete considera que «[n]o es que juez ordinario se identifique con jurisdicción ordinaria, pero sí interesa tener en cuenta que los Jueces militares, en su ámbito propio, se insiste, son ordinarios, esto es, tienen conferido con carácter común y normal determinadas competencias, entre ellas la tutela de los derechos fundamentales señalados en el art. 53.2 C.E. que puedan verse afectados por sanciones disciplinarias. Y la disciplina, como ha dicho el Tribunal Constitucional en más de una ocasión (ATC 121/1984), constituye una de las razones que justifican la existencia de la jurisdicción militar». STC 113/1995, FJ 5.

⁹² Los subrayados son míos.

y sumario sirviera para desposeer a los tribunales militares de su competencia, lo que –como señala el Abogado del Estado– sería absurdo»⁹³. El Alto Tribunal, abundando en su argumentación declara que la expresión «Tribunales ordinarios» adoptada por el art. 53.2 CE no puede excluir a los Tribunales militares y que no existe diferencia en la actuación jurisdiccional de unos y otros [los Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria] que autorice a temer una disminución de las garantías del justiciable cuando actúa la especial dentro del ámbito estricto que le es propio⁹⁴.

4.3. EL RECURSO CONTENCIOSO-DISCIPLINARIO MILITAR. EL PROCEDIMIENTO PREFERENTE Y SUMARIO

Como hemos tenido oportunidad de comprobar más arriba, pese a las dudas del Tribunal Constitucional acerca de cuál hubiese de ser la Jurisdicción competente y, en definitiva el camino procesal a seguir para el enjuiciamiento de la potestad disciplinaria de la Administración Militar, lo que sí resulta irrevocable es el camino emprendido por el Alto Tribunal en la línea de declarar que no existen ámbitos de decisión del Poder Ejecutivo inmunes al control de los órganos jurisdiccionales. Incluso apuntaba al Legislador en la STC 22/1982, de 12 de mayo la necesidad de institucionalizar en el seno de la Jurisdicción Militar los mecanismos procesales oportunos para satisfacer las exigencias de los arts. 24 y 106 de la Norma Fundamental. La cuestión ha quedado resuelta en principio con la previsión en la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas del recurso contencioso-disciplinario militar, al que da forma la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar como «*el único cauce para obtener la tutela judicial efectiva en materia disciplinaria militar*»⁹⁵. Afirmar, por tanto, la competencia exclusiva de los Tribunales Militares para enjuiciar la legalidad de los actos de la Administración en estos aspectos. Se trata de un auténtico proceso contencioso-administrativo encomendado al conocimiento de la Jurisdicción Militar. De manera que, como primera instancia judicial, con plenitud de jurisdicción, resulta erróneo calificarlo de recurso sin perjuicio de las teóricas limitaciones respecto al procedimiento nacido del art. 53.2 CE⁹⁶. Ahora bien, como

⁹³ STC 113/1995, de 6 de julio, FJ 6.

⁹⁴ FJ 4.

⁹⁵ Art. 453 LOPM.

⁹⁶ Vid. en este sentido la STC 74/2004, de 22 de abril que declara que «*el procedimiento administrativo no supone una primera instancia procesal en relación con el*

asimismo hemos apuntado más arriba, de este precepto constitucional se deriva una tutela especial de los Derechos Fundamentales a través de un procedimiento que el Texto Fundamental quiere preferente y sumario. Las exigencias constitucionales en principio se consideraron satisfechas mediante el procedimiento especial de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona y en el ámbito de la Jurisdicción Castrense a través de la creación del procedimiento contencioso-disciplinario militar preferente y sumario (art. 518 y ss. LOPM). Las características que la Norma Fundamental quiere para este procedimiento son la preferencia y sumariedad. En cuanto a la preferencia, este principio supone un trato privilegiado en el reparto de asuntos ante los órganos jurisdiccionales. Para algún autor esta nota no se cumple en el proceso previsto por la Ley Procesal Militar. Así BALBONTÍN PÉREZ opina que el procedimiento «no termina de ser *preferente*, en el sentido que a tal concepto le dan las SSTC 11/1982 y 95/1997 (para las que ser *preferente* implica el no ser necesario agotar la vía administrativa previa), porque el art. 518 b) LOPM sólo respeta esa naturaleza *preferencial* en los supuestos de sanciones por faltas graves o muy graves o por causas extraordinarias, pero no así en los casos de sanciones por falta leve, para las que obliga «haber agotado la vía disciplinaria»⁹⁷. Respecto a la sumariedad existen dos acepciones de este concepto jurídico. Para algunos autores sumariedad implica perentoriedad, abreviación de procedimientos, reducción de plazos y trámites además de la «supuesta urgencia y agilidad en la sustanciación y resolución de tales procesos» a lo que debe unirse «una rápida respuesta judicial» y «una distancia corta entre las fechas de inicio y de resolución de

posterior recurso contencioso-disciplinario militar, sino que éste constituye, por el contrario, un proceso plenario en el que pueden practicarse todo tipo de pruebas admisibles. Al igual que el recurso contencioso-administrativo el recurso contencioso-disciplinario militar no ha de fundarse necesariamente en lo ya alegado previamente ante la Administración demandada, sino que, siempre que no se incurra en desviación procesal, podrán aducirse en él cuantos motivos se estimen convenientes en relación al acto administrativo impugnado, se hubiesen alegado o no al agotar la vía administrativa. Así se desprende del art. 482 LOPM, según el cual en la demanda y en la contestación podrán «alegarse cuantos motivos procedan aunque no se hubieran expuesto en el previo recurso en vía disciplinaria», y así ha sido entendido por la jurisprudencia de este Tribunal cuando ha tenido ocasión de enjuiciar resoluciones judiciales que partían de un entendimiento extraordinariamente rígido del llamado carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa». (FJ 8).

⁹⁷ BALBONTÍN PÉREZ, L.A., «El procedimiento contencioso-disciplinario militar especial para la protección de los Derechos Fundamentales de la Persona», en *Diversas cuestiones relacionadas con el Derecho Procesal Militar y el asesoramiento jurídico en el ámbito de las Fuerzas Armadas*, V Jornadas del Cuerpo Jurídico Militar, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 2003, pág. 132.

tales procesos»⁹⁸. Sin embargo, según otra parte de la doctrina el término «sumariedad» hay que referirlo no a la duración de la tramitación del procedimiento sino que guarda relación con el objeto del mismo. Es decir, sumariedad del procedimiento implica que su cognición es limitada a la comprobación de la supuesta lesión de un Derecho Fundamental. En cambio, algún autor mantiene que no se cumplen las previsiones del art. 53.2 CE en el sentido de que se tratan de procedimientos de cognición plenaria. Otros autores como SÁNCHEZ DEL RÍO Y SIERRA consideran, con apoyo en la STS de 14 de agosto de 1979, que «el proceso regulado en la Ley 62/78 no es técnicamente un «proceso sumario» y otro tanto debe predicarse del contenido del art. 518 L.pr.m. Se trata de un proceso plenario de cognición limitada [...] Están de acuerdo los procesalistas en que el concepto de sumariedad contenido en el art. 53.2 CE no tiene relación alguna con aquel concepto técnico procesal, sino que de lo que aquí se trata es de un procedimiento sustancialmente acelerado para dar solución rápida a cualquier perturbación que el ciudadano sufra en sus derechos fundamentales. Es decir, que estamos ante un procedimiento plenario, regulado en términos tales que el juzgador puede conocer, con carácter de preferencia y bajo el principio de urgencia, el fondo de la cuestión y otorgar, consecuentemente, la tutela judicial en el plazo más breve posible»⁹⁹.

Sea como fuere, el objeto del recurso y el espíritu mismo de la Ley 62/1978 y del proceso regulado en el art. 518 y ss. de la Ley Procesal Militar está limitado en el enjuiciamiento y la resolución del órgano jurisdiccional a la comprobación de la efectiva lesión de un Derecho Fundamental, y sólo a eso, lo cual ocasionará algunos problemas en el particular ámbito del recurso contencioso-disciplinario militar ya que, al margen del procedimiento preferente y sumario, carecen las Leyes Procesales Militares de cualquier medio de tutela judicial respecto a las denominadas cuestiones de «legalidad ordinaria» o, simplemente respecto de aquellas sanciones que no afecten a los Derechos Fundamentales, las cuales, con arreglo a la LOPM, no son susceptibles de revisión judicial. El problema de constitucionalidad que ello representa será analizado a continuación.

⁹⁸ BALBONTÍN PÉREZ, L.A., «El procedimiento contencioso-disciplinario militar especial para la protección...», 2003, pág. 133.

⁹⁹ SÁNCHEZ DEL RÍO Y SIERRA, F., «El recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario», *La Jurisdicción Militar*, Consejo General del poder Judicial, Madrid, 1993, pág. 725. Los subrayados son míos.

4.4. EL OBJETO DEL RECURSO. EL PROBLEMA DEL RECURSO POR FALTAS LEVES. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y JURISPRUDENCIA DE LA SALA 5ª DEL TRIBUNAL SUPREMO

En efecto, el objeto de esta vía procesal preferente y sumaria para la protección de los Derechos Fundamentales viene constituido exclusivamente por la pretendida lesión de un Derecho Fundamental. Como dice SÁNCHEZ DEL RÍO Y SIERRA «en este procedimiento no puede someterse a juicio más que la conformidad o disconformidad del acto objeto del recurso con los principios constitucionales y la pretensión procesal no puede ser otra que la de obtener la declaración de la existencia de vulneración constitucional y la consiguiente nulidad radical del acto. [...] el recurso no tiene como fin el examen de la legalidad ordinaria, sino sólo el de su legalidad constitucional. [...] Es posible, sin embargo, el examen de cuestiones de legalidad ordinaria cuando éstas van indisolublemente unidas a la violación de derechos fundamentales que se denuncia y que pasan a formar parte de lo que se ha denominado «bloque constitucional»¹⁰⁰. Aunque en ocasiones es imposible deslindar las cuestiones de legalidad ordinaria de las presuntas vulneraciones de Derechos Fundamentales, la ausencia de recurso contencioso-disciplinario militar por faltas leves –si se exceptúa, claro está, el preferente y sumario con su objeto bien delimitado– ocasiona que la Sala 5ª venga realizando una interpretación amplia de los conceptos «legalidad ordinaria» y «bloque de la constitucionalidad», llegando a desnaturalizarse el mismo proceso previsto en el art. 518 y ss. LOPM. Esta laxitud en la interpretación se ha confirmado tras la sentencia constitucional 202/2002, que plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto al art. 468 b) LOPM, en su relación con el párrafo segundo del art. 453 puesto que estos preceptos constituyen un veto legal al acceso a los Tribunales respecto a las faltas leves, lo que supone que, al menos las cuestiones de legalidad ordinaria puedan ser examinadas en el ámbito del recurso preferente y sumario del art. 518 y ss. LOPM. A la problemática constitucional de estas cuestiones atenderemos posteriormente pero sí debemos decir ahora que el objeto del recurso contencioso-disciplinario preferente y sumario viene constituido exclusivamente por la presunta vulneración de Derechos Fundamentales y que la auténtica solución a la carencia de medios de impugnación judiciales y, por ello de tutela judicial efectiva, debe venir dada por

¹⁰⁰ SÁNCHEZ DEL RÍO Y SIERRA, F., «El recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario», *La Jurisdicción Militar*, Consejo General del poder Judicial, Madrid, 1993, pág. 731. Vid. SSTs, Sala 5ª, de 11 de octubre de 1990, de 14 y de 17 de enero de 1991.

una reforma legislativa, sin necesidad de aguardar al definitivo pronunciamiento del Pleno del Tribunal Constitucional. Mientras tanto, como afirma BALBONTÍN PÉREZ, se utiliza en cuestiones de legalidad ordinaria «la única vía procesal habilitada con respecto a las faltas leves militares, o sea, la preferente y sumaria del art. 518 LOPM». Añade este autor que «para colmar la laguna del inexistente recurso ordinario y salvar el obstáculo que ello representa para otorgar la tutela reclamada y llenar así de contenido el principio de plenitud de la garantía jurisdiccional en el control de la actividad administrativa, sin dejar resquicios por los que dicho principio pueda hacer aguas, la Sala V ha venido vinculando con tanta frecuencia como generosidad cuestiones de legalidad ordinaria al denominado «bloque de constitucionalidad», en razón de considerar imprescindible pronunciarse sobre aquéllas con carácter previo a entrar a conocer sobre la lesión constitucional denunciada en el preferente y sumario»¹⁰¹. La realidad es que, como veremos, será la doctrina constitucional la que imponga a la Sala 5ª la utilización del único cauce procesal previsto, trátense o no cuestiones de legalidad ordinaria, a saber, el recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario. Hasta la consabida sentencia constitucional de 2002 la posición del Tribunal Supremo era muy otra. Así, en una línea jurisprudencial consolidada y cuyos últimos ejemplos son las Sentencias de 17 de abril, de 11 de mayo de 2000 y de 9 de octubre de 2000¹⁰², la Sala 5ª del

¹⁰¹ BALBONTÍN PÉREZ, L.A., «El procedimiento contencioso-disciplinario militar especial para la protección...», 2003, pág. 131.

¹⁰² Concretamente esta última resolución, anulada posteriormente por la STC 202/2002, destacaba que «el carácter explícito de las normas señaladas [el art. 468 b) LOPM], hace inviable la pretensión postulada en primer lugar, en la que se plantea que este Tribunal, mediante una interpretación contraria al tenor literal de la ley, llegara a reconocer la posibilidad de actuar en una vía jurisdiccional que la norma aplicable de forma expresa veda. La consecuencia no puede ser otra que el rechazo de este aspecto concreto de la pretensión que ante esta Sala trae el recurrente y que acabamos de examinar, y hemos de recordarle que la tutela judicial efectiva no consiste sino en la obtención de una resolución fundada en derecho, tutela judicial que le fue otorgada en su día por el Tribunal Militar Territorial Cuarto y que hoy nuevamente le otorga esta Sala, aun cuando el contenido de la resolución que se dicte sea desfavorable a su pretensión». (FJ 1). En cuanto a los supuestos en que no se hallen en juego Derechos Fundamentales, ante la alegación de la procedencia del recurso contencioso-disciplinario ordinario, la Sala 5ª vincula su exclusión a la Disciplina en el marco de la relación de sujeción especial de los militares con la Administración, invocando la doctrina constitucional que se había utilizado para establecer límites al ejercicio de la acusación particular entre militares, todavía vigente el antiguo Código de Justicia Militar. Así manifiesta que «[q]uedarían por resolver los escasos supuestos en que, por no suscitarse cuestión en relación con los derechos fundamentales, las sanciones impuestas por falta leve queden fuera de la posibilidad de que se interponga en su contra recurso contencioso disciplinario militar ordinario. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 39/83, de 17 de mayo, señaló que no puede olvidarse que el control jurisdiccional de la actuación de la Administración Pública puede encontrar en algunos casos límites determinados, señalando

Alto Tribunal entendía, una vez más, a la Disciplina –siguiendo por otra parte la doctrina constitucional sobre las restricciones en el acceso a la Jurisdicción Militar– como elemento de la necesaria cohesión de las Fuerzas Armadas para el cumplimiento de las funciones constitucionales que el art. 8 CE les encomienda y, por ello, como justificación suficiente para vedar el acceso a la tutela judicial respecto al ejercicio de la potestad sancionadora por faltas disciplinarias leves cuando aquélla no afecte al ejercicio de Derechos Fundamentales susceptibles de amparo constitucional, concretamente a lo que se conoce como el «bloque de constitucionalidad», según la terminología empleada por la propia Sala 5ª con la finalidad de encontrar cabida en el recurso contencioso-disciplinario preferente y sumario a cuestiones de legalidad ordinaria.

El punto de inflexión vino dado por la STC 202/2002, de 28 de octubre que, estimando el amparo de un Suboficial frente a los Autos del Tribunal Militar Territorial Cuarto de La Coruña de 8 de abril y 10 de junio de 1999 –que inadmiten el recurso contencioso disciplinario ordinario planteado por la comisión de falta disciplinaria leve–, así como contra Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2000 confirmatoria de los anteriores, viene a dar acogida a los argumentos del Ministerio Fiscal ante el Tribunal Constitucional al respecto en el sentido de que los preceptos de la Ley Procesal Militar que impiden la fiscalización judicial de las faltas leves por motivos de legalidad ordinaria, no son susceptibles siquiera de una interpretación constitucionalmente conforme a la efectividad del Derecho Fundamen-

como uno de ellos la actuación de un órgano especializado de la Administración que, por su propia naturaleza, escapa al control jurídico; esa alusión a la discrecionalidad técnica y el reconocimiento de la ajeneidad de su actuación al control jurisdiccional, resulta no ser único, ya que la propia sentencia, con su redacción en plural, hace que puedan ser varios los límites determinados de esa actividad jurisdiccional de control. También el Tribunal Constitucional, en sus sentencias 97/85 y 180/85, encontró como causa suficiente justificadora de restricciones específicas de la tutela judicial efectiva de los militares la preservación de la disciplina, lo que enlazando con las altas misiones que a las Fuerzas Armadas se atribuyen en el art. 8 de la Constitución y la necesidad de garantizar su adecuado cumplimiento, parece aconsejar que se evite la posibilidad de que se discuta la legalidad ordinaria de estas sanciones, de manifiesta levedad, evitando que quede durante un largo periodo de tiempo en duda la corrección de las medidas adoptadas». (FJ 3). Similares argumentos se expusieron en la STS de 17 de abril de 2000, que resuelve un recurso del mismo militar. Aquí pretendía que el vacío normativo y, por ello, de tutela judicial, creado por la inexistencia de vía procesal ordinaria para invocar cuestiones de mera legalidad en recursos contencioso-disciplinarios fuese suplida directamente por la Sala 5ª mediante la directa aplicación del art. 24 CE, a lo que ésta respondió que la tutela judicial había de proporcionarse de la forma prevista en las Leyes Procesales, concretamente a través de las dos vías previstas en la Ley Rituaria Militar.

tal a la tutela judicial efectiva¹⁰³. Pues bien, el Supremo Intérprete, tras recordar su doctrina sobre el acceso a la Jurisdicción y advertir que la vía contencioso-disciplinaria regulada en la Ley Procesal Militar «*constituye el único cauce para obtener la tutela judicial efectiva en materia disciplinaria militar*»¹⁰⁴, señala lo siguiente: «*La inteligencia de estos preceptos revela que las sanciones impuestas por faltas leves no pueden ser impugnadas ante la jurisdicción militar por medio del procedimiento contencioso-disciplinario ordinario, sino sólo por el cauce especial y sumario. Ahora bien, si en éste no cabe aducir motivos de impugnación de legalidad ordinaria, por más que a veces sea difícil su deslinde, no cabe sino concluir que el administrado no puede impetrar el control judicial sobre la adecuación del acto sancionador al Ordenamiento jurídico excepto por lo que se refiera a los derechos fundamentales y a las libertades públicas. No se trata, por tanto, de una restricción mínima, concretada en un sector reducido del Ordenamiento, la que se impone al juicio de adecuación a Derecho, sino que éste se restringe en términos extraordinariamente latos, conclusión que se ve reforzada con el análisis de la práctica jurisprudencial sobre la fijación del ámbito de lo debatible en el proceso especial y sumario (ad exemplum STS de 16 de diciembre de 1999). Esta imposibilidad de que el sancionado someta al juicio de los Tribunales la adecuación a Derecho de la actuación administrativa (impuesta en el art. 103.1 CE) que le sanciona por una infracción leve choca frontalmente con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión reconocida en el art. 24.1 CE, así como, eventualmente, con el contenido del art. 106.1 CE, que atribuye a los Tribunales el control de legalidad de la actuación administrativa*»¹⁰⁵.

Respecto a la invocación del indiscutible valor, y bien constitucionalmente protegido, de la Disciplina para blindar las sanciones por falta leve de cualquier control judicial, excepto en la medida que queden afectados Derechos Fundamentales, el Tribunal Constitucional la rechaza de plano afirmando que «*en efecto, la disciplina militar, consustancial a la orga-*

¹⁰³ Alegaba el Ministerio Público que la colisión con el art. 24 CE no podía evitarse ni siquiera con una hermenéutica favorable a la aplicación de los derechos fundamentales, pues aquellos preceptos configuran un régimen jurídico que deja un sector de actividad administrativa sancionatoria fuera del control judicial, lo que resulta contrario al art. 106.1 CE, y, en el caso concreto, produce un resultado contrario al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) al impedir el planteamiento ante los Tribunales de cuestiones de legalidad ordinaria, cuestiones que no cabe predecir habida cuenta de que la inadmisión acordada es previa a la formulación de la demanda.

¹⁰⁴ Art. 453 LOPM.

¹⁰⁵ FJ 5.

nización de los ejércitos para el cumplimiento de las misiones que les encomienda el art. 8.1 CE, podría justificar determinadas restricciones al derecho fundamental invocado, pero ello no implica que tal ordenación pueda escapar a los principios constitucionales, tal como viene expresa y terminantemente impuesto por el art. 8.2 CE.

Tampoco puede verse en algunas de las afirmaciones de la STC 31/2000, de 3 de febrero, que declaró inconstitucional el párrafo c) del artículo ahora cuestionado, respaldo constitucional alguno al precepto que estudiamos, pues las afirmaciones que allí se realizaron tenían la finalidad de ilustrar la conclusión afirmada: que la salvedad de que contra las infracciones leves cabía deducir el recurso especial y sumario reforzaba la interpretación de la legalidad ordinaria de que en los supuestos que entonces eran objeto de impugnación [los del párrafo c)], en los que no se efectuaba salvedad alguna, estaban excluidos de todo control, ya fuera a través del contencioso-disciplinario militar ordinario, ya del especial y sumario. Es más, las razones que avalaron en su día la declaración de inconstitucionalidad del párrafo c) del art. 468 LOPM son igualmente predicables del supuesto que ahora se estudia, pues, si bien se mira, hay aquí también una exclusión total del control judicial de las sanciones impuestas por faltas leves, si bien en el aspecto más reducido de la legalidad ordinaria.

Asimismo carece de fuerza convincente el apoyo que la Sentencia del Tribunal Supremo busca en diversas resoluciones de este Tribunal. La STC 180/1985, de 19 de diciembre, justificó la diferencia de trato en orden a la posibilidad de aplicación de la condena condicional, según se pertenezca o no a los ejércitos, en las peculiaridades de la jurisdicción castrense, la cual está enlazada con una organización fuertemente jerarquizada, de suerte que la imposibilidad de conceder la condena condicional a los militares se orienta a reforzar la severidad y la disciplina militar. Pero tal diferencia de régimen jurídico no afecta ni compromete el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. Tampoco la STC 97/1985, de 29 de julio, proporciona soporte a la decisión del Tribunal Supremo, pues en el caso enjuiciado en ella se amparó a los particulares, padres de un soldado fallecido, que pretendían ejercer la acusación particular en el marco de la jurisdicción militar, resultando tangenciales las aseveraciones allí realizadas sobre la justificación, desde el punto de vista del derecho a la tutela judicial efectiva, de ciertas restricciones al ejercicio de la acusación particular entre los militares que se encuentran subordinados entre sí.

Finalmente cabe señalar que la preservación de la disciplina militar se veía más comprometida en el supuesto estudiado en la reciente STC 115/2001, de 10 de mayo, lo que no impidió a este Tribunal otorgar el am-

paro a un militar a quien se había negado la posibilidad de constituirse en parte de una causa penal seguida contra varios superiores. En aquel caso se acordó plantear la cuestión interna de inconstitucionalidad en relación con los arts. 127 y 108 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar, y de la Ley Orgánica 4/1987, de la competencia y organización militar, respectivamente. Con mayor motivo hemos de afirmar ahora que el mantenimiento de la disciplina en los ejércitos, si es que padece por la interposición de un recurso contencioso-administrativo ordinario contra una sanción leve, no puede erigirse en motivo constitucionalmente admisible para cerrar toda posibilidad de impugnación, por motivos de legalidad ordinaria, de una sanción impuesta por falta leve»¹⁰⁶.

Resultan sumamente interesantes los argumentos –en la misma línea de lo que posteriormente mantendría el Tribunal Constitucional– del Magistrado de la Sala 5ª Excmo. Sr. D. Ángel Calderón Cerezo en el voto particular formulado a la Sentencia de 17 de abril de 2000. Sostiene así que «la tutela judicial que promete la Constitución se predica en su plenitud subjetiva –respecto de todos los ciudadanos entre los que los militares no son excepción– y objetiva –respecto de todos los derechos e intereses legítimos–, sin que pueda ser objeto de parcelaciones o de asignaciones fragmentarias, y ello sin perjuicio de su eventual limitación cuando la restricción resulte estrictamente necesaria para la consecución de otros objetivos constitucionalmente reconocidos, como puede ser el preservar los principios rectores de la organización y funcionamiento de los Ejércitos, radicados sobre todo en la disciplina, acusada jerarquización y cohesión interna (art. 10. RROO para las FAS) que representan un papel crucial para alcanzar los fines encomendados en el art. 8.1. CE. (Sentencias del Tribunal Constitucional 97/1983, de 29 de julio y 24 /1996, de 26 de enero). Solo entonces, y en la medida imprescindible, estaría justificado el sacrificio que para los militares representa prescindir de la garantía procesal de acudir a la jurisdicción para instar la plena adecuación derecho de las sanciones disciplinarias consecutivas a la comisión de faltas leves. Pienso que no se justifica por razones del mantenimiento de la disciplina en el ámbito castrense, que exige la prontitud de la actuación del mando para su restablecimiento inmediato, la cual quedaría salvada excluyendo la suspensión de la ejecución. Tampoco resulta convincente el argumento relativo a la jerarquización militar que, en mi opinión, nada se resiente por el control judicial de sus actos sino que, bien al contrario, se robustece y afianza la autoridad del

¹⁰⁶ FJ 6. Los subrayados son míos.

mando militar cuando se verifica la adecuación a Derecho del ejercicio de su potestad disciplinaria. Creo que no deben existir resquicios ni zonas inmunes al control jurisdiccional, representadas por actuaciones que pudieran tacharse de arbitrarias en el ejercicio de las potestades disciplinarias. La Constitución proscribe la actuación arbitraria de los poderes públicos (art.93), y de manera correspondiente proclama la sumisión de la Administración al control judicial (arts. 103.1 y 106.1). De igual modo creo que deben excluirse las razones basadas en la nimiedad de la sanción. Consideración aparte de que las faltas leves pueden corregirse con arresto de hasta treinta días a cumplir en el propio domicilio o Unidad, y que por acumulación la cuarta falta leve se convierte en grave, creo que la cuestión no es cuantitativa sino cualitativa. Con las deferencias de rigor hacia los demás miembros de la Sala, creo que no es correcto relativizar el alcance de la tutela judicial, en función de la mayor o menor intensidad de la lesión sufrida».

Los efectos que podemos extraer de la STC 202/2002 consisten, además de los referidos al amparo del recurrente en el caso concreto suscitado, en el planteamiento ante el Pleno del Tribunal Constitucional de cuestión de inconstitucionalidad –que hasta el momento no ha sido resuelta– en relación con los arts. 468, apartado b), y 453.2 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, en el inciso «por falta grave», al apreciar que entra en contradicción con lo establecido en los arts. 24.1, 106 y 117.5 de la Constitución y un cambio en la propia doctrina de la Sala 5ª del Tribunal Supremo, en dos sentidos diferentes:

Por una parte, se va a declarar admisible el recurso contencioso-disciplinario ordinario interpuesto contra sanciones por falta leve. Así la STS de 24 de septiembre de 2004 declara que *«los preceptos que fundamentan la inadmisión del recurso contencioso-disciplinario militar ordinario deben ceder, como resulta de la sentencia del Tribunal Constitucional nº 202/2002, ante el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva sin indefensión, en su vertiente de acceso al proceso»*¹⁰⁷.

En segundo lugar, se extiende el objeto del recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario a cuestiones de legalidad ordinaria, vayan incardinadas o no en el denominado «bloque de la constitucionalidad», pues de otra manera se carece de cauce procesal para su impugnación, al contrario de lo que sucede en el Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo, con la consiguiente vulneración del art. 24

¹⁰⁷ En la misma línea, las SSTs de 22 de noviembre de 2004, de 25 de febrero de 2005, de 24 de febrero de 2006.

CE. Así la STS de 17 de mayo de 2004 considera, respecto al instituto de la prescripción, que, aunque cuestión de mera legalidad, *«en aplicación de la doctrina emanada del Tribunal Constitucional (art. 5.1 LOPJ en relación con la STC 202/2002), el otorgamiento de la dicha tutela judicial en la impugnación de faltas disciplinarias leves autoriza a los órganos de la Jurisdicción Militar, en el ámbito de su competencia en la instancia, y a esta Sala de Casación, en su caso, a pronunciarse sobre la concurrencia del instituto de la prescripción, incluso desde la perspectiva de la legalidad ordinaria»*¹⁰⁸.

Un último efecto de la Sentencia constitucional de 2002, podríamos llamarlo incidental, viene constituido por el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad en cascada por los Tribunales Militares Territoriales que conocen de los correspondientes recursos contencioso-disciplinarios por falta leve¹⁰⁹.

La sentencia constitucional de 28 de octubre de 2002 consagra, o más bien confirma, el principio de plenitud del control jurisdiccional de la actividad de la Administración –incluida la Militar– derivado de los arts. 24.1 y 106 CE, lo que conlleva la imposibilidad de existencia de núcleos, áreas o ámbitos del Ordenamiento o de la actividad administrativa «blindados» o exentos en su totalidad del control de legalidad de los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de las restricciones que puedan imponer en el Derecho a la tutela judicial efectiva la proporcionada y justificada consideración de otros valores o bienes constitucionalmente protegidos, entre los cuales pueda hallarse el de la Disciplina militar, como elemento necesario para la necesaria cohesión de las Fuerzas Armadas en orden al cumplimiento de las misiones que constitucionalmente tiene encomendadas (art. 8.1 CE), pero sin que ello deba significar la existencia de parcelas del Ordenamiento –cuál es el Derecho Disciplinario Militar– completamente ayunas de control judicial.

¹⁰⁸ En el mismo sentido, las SSTS de 27 de junio de 2003, de 11 de octubre de 2004, de 16 de enero de 2006 y de 1 de marzo de 2006, entre otras.

¹⁰⁹ Así el Tribunal Constitucional con fecha 30 de septiembre de 2003 dictó Providencia por la que admite a trámite las cuestiones de inconstitucionalidad números 4204/2003 y 5219/2003, planteadas por el Tribunal Militar Territorial Cuarto. Por Providencia de 13 de julio de 2004 se admitió a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 3658/2004 del mismo Tribunal. Posteriormente, las Providencias de 15 de febrero, de 28 de febrero y de 28 de marzo de 2006 admitieron las cuestiones números 6503/2006, 1096/2006 y 1878/2006 de los Tribunales de Sevilla y A Coruña, las dos últimas, respectivamente. Por último, las cuestiones de inconstitucionalidad números 8783/2006, 10204/2006 (Tribunal Militar Territorial Cuarto, A Coruña) y 9156/2006 y 11075/2006 (Tribunal Militar Territorial Segundo, Sevilla) fueron admitidas a trámite por Providencias de 24 de octubre y de 12 de diciembre de 2006 y de 16 de enero de 2007.

4.5. POSIBLES SOLUCIONES. EL *HABEAS CORPUS* COMO TUTELA O MEDIO DE REVISIÓN JURISDICCIONAL

Tras el inevitable pronunciamiento del Tribunal Constitucional de 2002, en tanto no se produce la más que probable declaración de inconstitucionalidad –que esperamos sea a la mayor brevedad con la finalidad de evitar esta situación de, podríamos decir, provisionalidad que genera cierta inseguridad jurídica– se impone como necesario arbitrar ciertas soluciones. A algunas de ellas, tales como la apertura del procedimiento preferente y sumario a cuestiones de legalidad ordinaria o la admisibilidad del recurso ordinario frente a las sanciones por faltas leves sin restricciones, nos hemos referido en el anterior epígrafe y vienen dadas por la Sala 5ª del Tribunal Supremo¹¹⁰, pero no por ello debemos olvidar que son soluciones provisionales en la medida en que se llevan a cabo obviando la legalidad procesal vigente, al menos mientras no se dicte un pronunciamiento del Supremo Intérprete de la Constitución expulsando los cuestionados preceptos del Ordenamiento Jurídico.

Como propuestas de *lege ferenda* algunos autores propugnan la creación de una suerte de procedimiento abreviado en la Ley Procesal Militar similar al establecido en el art. 78 de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para la tutela jurisdiccional de todas las sanciones por falta leve¹¹¹. Otros defienden que los procesos contencioso-disciplinarios que se regulen para la revisión jurisdiccional de las sanciones por falta leve deben encomendarse a la competencia de los Jueces Togados Militares, de manera que «una solución razonable podría consistir –previo el establecimiento de unos cauces orgánico-procesales adecuados– en la implantación de un recurso, de tramitación simple, para los sancionados por falta leve, ante el juez Togado Militar». Con ello, quedarían satisfechas «las exigencias de los referidos artículos 24.1 y 106.1 de

¹¹⁰ MELÓN MUÑOZ examina cuidadosamente las diversas soluciones dadas por la Sala 5ª del Tribunal Supremo a los problemas de tutela judicial efectiva planteados y su encaje en la normativa procesal vigente con la consiguiente crítica al respecto. MELÓN MUÑOZ, G., «El recurso contencioso-disciplinario militar ordinario interpuesto contra sanciones por falta leve. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Posibles soluciones», *Cuadernos Digitales de Formación, Jornadas sobre Jurisdicción Militar 2007*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, págs. 569-573.

¹¹¹ BALADO RUIZ-GALLEGOS, M., «Derecho disciplinario militar y garantías constitucionales: especial referencia a la tutela judicial en las sanciones por falta leve», en *Diversas cuestiones relacionadas con el Derecho Procesal Militar y el asesoramiento jurídico en el ámbito de las Fuerzas Armadas*, V Jornadas del Cuerpo Jurídico Militar, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 2003, págs. 158 y 159.

la Constitución»¹¹². El posible remedio a través del Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo, tras un tímido amago del ATC 60/1980, ha quedado –como hemos señalado más arriba– descartado por la doctrina constitucional a partir de la STC 21/1981, y más aún con la dicción literal del art. 453 LOPM: «*El procedimiento contencioso-disciplinario militar regulado en el presente libro constituye el único cauce para obtener la tutela judicial efectiva en materia disciplinaria militar*». En línea con este precepto, el art. 3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa cierra cualquier posibilidad de tutela en esta vía al disponer: «*No corresponden al orden jurisdiccional contencioso-administrativo: ...El recurso contencioso-disciplinario militar*».

Una solución no ya provisional –como las proporcionadas por el Tribunal Supremo– sino provisionalísima consiste, como con buena técnica procesal han llevado a cabo varios Tribunales Militares, en el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad respecto a los controvertidos preceptos de la Ley Procesal Militar, con suspensión de las actuaciones, con arreglo a la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional¹¹³.

Mención aparte merece la institución del *habeas corpus* como tutela o medio de revisión jurisdiccional de la potestad sancionadora de la Administración Militar. Con la finalidad de determinar el alcance de la tutela que es posible proporcionar mediante este procedimiento, hemos de examinar brevemente y con carácter previo su naturaleza jurídica y finalidad. En efecto, el art. 17.4 CE lo destina a «*producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente*».

En cuanto a la naturaleza jurídica del instituto, según la STC 44/1991, el procedimiento de *habeas corpus* «*no contiene propiamente un derecho fundamental, sino una garantía institucional que resulta de la tutela judicial efectiva en todas sus vertientes*». Con mayor precisión lo ha descrito la STC 263/2000, de 30 de octubre: «*como hemos tenido ocasión de afirmar en bastantes ocasiones, el procedimiento de habeas corpus es un medio de defensa de los demás derechos sustantivos establecidos en el resto de los apartados del artículo 17 CE, que versa no sobre todos los aspectos o modalidades de la detención o la privación de libertad, sino sobre su regularidad o legalidad, y cuya finalidad fundamental es la de verificar judicialmente la legalidad y condiciones de la detención, en un procedimiento ágil y sencillo que permita, sin complicaciones innecesarias, el acceso a*

¹¹² MILLÁN GARRIDO, A., *Comentarios a las Leyes Procesales Militares (Tomo I)*, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995, pág. 280. Vid. asimismo MILLÁN GARRIDO, A., *Justicia Militar*, Editorial Ariel, Barcelona, 2008, pág. 85.

¹¹³ Art. 35.3 LOTC.

la autoridad judicial (SSTC 98/1996, de 21 de mayo, FJ 1, y 232/1999, de 13 de diciembre, FJ 4)»¹¹⁴.

Ahora bien, aunque la finalidad de la institución consista en la fiscalización jurisdiccional de la legalidad de una detención —y también de las privaciones de libertad derivadas de sanciones disciplinarias militares—, el Juez del *habeas corpus* no puede entrar a conocer de cuestiones de fondo sobre legalidad ordinaria o incluso aspectos relativos a los Derechos Fundamentales que se vean afectados por la sanción, cuyo conocimiento corresponde —en el caso de las sanciones disciplinarias militares— a los órganos judiciales militares competentes a través del procedimiento contencioso-disciplinario establecido en la Ley Procesal Militar. Se trata, según la jurisprudencia constitucional, por ello, de un procedimiento de cognición limitada. A mi juicio, solo resulta posible examinar en él aspectos que afecten de modo patente o notorio a la legalidad de la detención (por ejemplo, sanción de plano, impuesta manifiestamente sin seguir el procedimiento establecido, que sea claramente desproporcionada o arbitraria, dictada por autoridad manifiestamente incompetente, condiciones de la detención o arresto, etc.). Así, la STC 194/1989 señala respecto a los procedimientos de *habeas corpus* que «conforme a su específica naturaleza y a su cognición limitada (de la que este Tribunal ya se ocupó en el fundamento jurídico 1.º de la STC 93/1986), sólo permitían determinar si la pérdida de libertad derivada de las sanciones impuestas comportaba una detención ilegal a los efectos del art. 1 de la LO 6/1984, de 24 de mayo, pero no una revisión plena de las sanciones, para lo que hubiera sido preciso intentar [en el concreto caso al que se refiere la sentencia de amparo], previo agotamiento de la vía administrativa ante el Ministerio de Defensa (art. 50 LO 12/1985), el recurso contencioso disciplinario militar (art. 52 LO 12/1985), o, en su caso, el contencioso-administrativo ordinario o especial de la Sección segunda de la Ley 62/1978»¹¹⁵.

En cuanto a la competencia de la Jurisdicción Militar para conocer de estos procedimientos, debemos partir del art. 17 LOCOJM, que dispone lo que sigue: «Corresponde a la jurisdicción militar la tutela de los derechos de quienes recurran contra sanciones impuestas en aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, de los derechos que concedan las normas de su desarrollo...» Más en concreto, el art. 61.3 atribuye a los Juzgados Togados Militares Territoriales «el conocimiento de la solicitud de *habeas corpus*», en conexión con el art. 2 de

¹¹⁴ STC 37/2005, FJ 3.

¹¹⁵ FJ 1.

la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, de *Habeas Corpus*, que atribuye el conocimiento de estos procedimientos en el ámbito de la Jurisdicción Militar al Juez Togado Militar de Instrucción constituido en la cabecera de la circunscripción jurisdiccional en la que se efectuó la detención. La competencia de la Jurisdicción Castrense respecto a los procedimientos de *habeas corpus* iniciados a raíz de una sanción disciplinaria militar fue confirmada por el Tribunal Constitucional en la mencionada Sentencia 194/1989, al decir que «*el habeas corpus corresponderá a la jurisdicción militar si la detención tiene como causa una sanción revisable por la jurisdicción castrense, y tal afirmación, que en principio se desprende con naturalidad lógica de los anteriores razonamientos, es algo más que eso, pues se deriva también inequívocamente del art. 2, párrafo tercero, de la Ley Orgánica 6/1984 reguladora del procedimiento de habeas corpus, y del art. 61.3 de la LO 4/1987, que se remite al anterior*»¹¹⁶. Esta doctrina constitucional fue reiterada por la STC 44/1991.

Respecto al *habeas corpus* como medio de revisión jurisdiccional de las sanciones disciplinarias militares, ya hemos dicho que dicho procedimiento se caracteriza por ser de cognición limitada y que no es posible erigirlo en un medio de revisión plena de la legalidad de las sanciones disciplinarias, ya que ello conduciría a la sustracción de las competencias atribuidas a los órganos judiciales militares predeterminados por la Ley para conocer de las acciones judiciales frente a las sanciones disciplinarias militares mediante el procedimiento establecido para este fin, a saber, el recurso contencioso-disciplinario militar en sus diferentes modalidades. La plenitud revisora en este ámbito del Juez del *habeas corpus* llevaría a un solapamiento, interacción o entrecruzamiento de las atribuciones de aquél con los órganos judiciales militares antes mencionados, por lo que el Tribunal Constitucional ha delimitado claramente la naturaleza de los distintos procedimientos y la competencia al respecto de los distintos órganos jurisdiccionales castrenses. Así, este procedimiento no tiene como finalidad tanto el enjuiciamiento de la legalidad de la sanción disciplinaria cuanto el ajuste al Ordenamiento Jurídico de la situación de privación de libertad. Dicho de otra manera: el Juez del *habeas corpus* no debe enjuiciar la legalidad de la sanción disciplinaria impuesta sino en la medida en que ello afecte a la situación del sancionado privado de libertad, lo que, por lo general, solo ocurrirá en los supuestos de contravención más notoria, evidente o patente del Ordenamiento Jurídico, cualquiera que sea la interpretación efectuada del mismo. Esta delimitación respecto a los medios

¹¹⁶ FJ 5.

impugnatorios de las sanciones disciplinarias militares es la que se deriva de la jurisprudencia constitucional. En este sentido la STC 194/2001, de 1 de octubre declara lo siguiente, resumiendo su doctrina al respecto, que «en efecto, en la STC 208/2000, de 24 de julio, hemos recordado que «de la regulación legal del procedimiento de hábeas corpus se desprende, en una delimitación conceptual negativa, que no es ni un proceso contencioso-administrativo sobre la regularidad del acto o vía de hecho que origina la privación de libertad, ni tampoco un proceso penal sobre la eventual comisión de un delito de detención ilegal. El que ha sido privado de su libertad puede reaccionar contra tal privación optando por una cualquiera de estas tres vías, de naturaleza distinta y sin que se confundan entre sí, o incluso por varias o todas ellas, ya que no se excluyen mutuamente. Esta selección del sistema de impugnación se puede efectuar con plena libertad, ya que es a los ciudadanos a quienes corresponde elegir la vía de reacción más conveniente contra la detención sufrida (STC 31/1996, de 27 de febrero, FJ 9). Ahora bien, el que elige el procedimiento de hábeas corpus ha de saber, en una aproximación positiva al concepto, que se trata de que un Juez del orden jurisdiccional penal o de la jurisdicción militar examine, aunque sea de manera interina, la legalidad de una privación de libertad no acordada por órganos judiciales. El Juez del hábeas corpus no tiene por misión revisar el acto administrativo, lo que corresponderá a los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo, sino la conformidad a Derecho de esa situación de privación de libertad. Expresado en otros términos, hemos afirmado que en materia de revisión judicial de la legalidad material de las detenciones administrativas corresponde al Juez del hábeas corpus dictar la primera, en tanto que los Tribunales de lo contencioso ostentan la última y definitiva palabra¹¹⁷ (STC 12/1994, de 17 de enero, FJ 6). Pero lógicamente esta separación de funciones no exonera totalmente a dicho Juez del hábeas corpus de su obligación de analizar, si bien de modo provisional, el presupuesto material que justifica la medida que implica una carencia de libertad (SSTC 12/1994, FJ 6; 232/1999, FJ 3)»¹¹⁸.

¹¹⁷ La referencia a los «Tribunales de lo Contencioso» hay que entenderla realizada a los Tribunales Militares competentes para conocer del recurso contencioso-disciplinario militar.

¹¹⁸ FJ 3. Los subrayados son míos. En el mismo sentido, las SSTC 208/2000, de 24 de julio y 37/2005, de 28 de febrero, entre otras.

Sobre las dos funciones esenciales de la Jurisdicción Militar, esto es, la contencioso-disciplinaria y la penal, se pronuncia PEÑARRUBIA IZA atribuyendo a la primera carácter tuitivo y a la segunda, represivo. La paradoja aparece cuando comprobamos que, en realidad, se atribuyen al Juez Togado Militar –que ostenta fundamentalmente competencias de instrucción penales- el conocimiento del procedimiento de *habeas corpus* en el ámbi-

Consideramos, por tanto, que la verdadera satisfacción de la tutela jurisdiccional respecto a las sanciones disciplinarias militares por faltas leves ha de venir, como con buen criterio señala MELÓN MUÑOZ, con «una pronta resolución del Tribunal Constitucional a la «auto-cuestión» de inconstitucionalidad planteada en su Sentencia de 28/10/2002 (y a otras cuestiones de inconstitucionalidad que, con idéntico fundamento, han sido ya admitidas a trámite por el Alto Tribunal...) y la definitiva erradicación del Ordenamiento de los preceptos afectados por lo que hoy son serias dudas sobre su constitucionalidad; a renglón seguido se hace necesaria una reforma legislativa que establezca un procedimiento contencioso-disciplinario militar ordinario aplicable en exclusiva a las sanciones por falta leve adecuado, en términos de brevedad de plazos y simplicidad de trámite, a su naturaleza de sanciones leves o menores»¹¹⁹.

V. LA FIGURA DEL «IMPUTADO» EN LAS DILIGENCIAS PREVIAS DE LA LEY PROCESAL MILITAR. LA PARTE PASIVA DEL PROCESO

Si bien no resulta pacífica en la doctrina la existencia de partes propiamente dichas en el proceso penal, sí parece evidente la existencia de una «parte pasiva» frente a la que se dirigen las actuaciones y que toma diversos nombres según la fase del proceso que se trate, con cierta confusión en la LOPM e incluso en la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal. Así, al menos, encontramos las categorías de imputado, inculpado y, finalmente, acusado. En cuanto a la institución procesal de las diligencias previas de la Ley Procesal Militar, resulta necesario –al efecto de determinar la posición del «imputado» en las mismas y el respeto de su Derecho de acceso a la tutela judicial efectiva sin indefensión– referirse a la naturaleza jurídica de esta institución. Quedan así reguladas en los arts. 141 a 143 bajo la rúbrica «De la prevención de los procedimientos». Parte de la doctrina, como veremos, mantiene que al no tratarse en

to castrense que es esencialmente tuitivo. Vid. PEÑARRUBIA IZA, J. M^a., *Presupuestos constitucionales de la Función Militar*, Cuadernos y debates, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pág. 374.

¹¹⁹ MELÓN MUÑOZ, G., «El recurso contencioso-disciplinario militar ordinario interpuesto contra sanciones por falta leve. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Posibles soluciones», *Cuadernos Digitales de Formación, Jornadas sobre Jurisdicción Militar 2007*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, págs. 572 y 573.

realidad de un procedimiento penal no tiene sentido arbitrar medidas de defensa de un «imputado» que, por el momento, no existe como tal. Sí debemos dejar ya establecido desde ahora que la figura de las diligencias previas contemplada en la LOPM no tiene parangón en la jurisdicción ordinaria. De manera que el procedimiento contemplado en la LECr con este mismo nombre constituye la fase instructora de un proceso penal previa al juicio oral mientras que las diligencias previas de la LOPM solo se pueden incoar en el caso de que no fuese posible determinar el procedimiento a seguir o no existan evidencias claras de que se haya cometido un delito de la competencia de la Jurisdicción Militar. Parece claro, por tanto, que si desde el principio resulta patente la existencia de un hecho con caracteres de delito, se identifica a las personas que en él han participado y se establece con nitidez el procedimiento a seguir –a saber, diligencias preparatorias o sumario– no se tramitará este peculiar procedimiento. Del mismo modo, desde el momento en que, practicadas las mencionadas diligencias, resulten hechos con caracteres de delito, acreditados los extremos anteriormente meritados, el Juez Togado ordenará la formación de diligencias preparatorias o la elevación a sumario, según proceda (art. 141, 5ªLOPM).

Aunque, como decíamos, no resulta pacífica la consideración de esta institución como procedimiento penal, es lo cierto que en esta fase resulta posible que se comunique a una persona la existencia de hechos con caracteres de delito relacionados con la misma lo que, en la práctica, da lugar a que surja el concepto de «imputado», bien sea por la admisión de denuncia o querella¹²⁰ o porque así se deduzca de la investigación. Es posible asimismo en esta fase la adopción de las medidas cautelares previstas en la Ley Procesal Militar, con todo lo que ello conlleva, por lo que, aunque no sea posible referirse al imputado en un sentido formal, sí existe una persona a la que se le atribuyen unos hechos con caracteres de delito o contra la que se han acordado medidas cautelares. La problemática sobre el nacimiento de la condición de imputado en el marco de las diligencias previas adquiere relevancia a los efectos de nuestro trabajo desde el momento en que la apertura de actuaciones con las que una determinada persona pudiera tener relación como presunto responsable criminalmente pudieran ocasionarle indefensión por su imposibilidad de participar en el procedimiento debidamente asistido o de impugnar las decisiones judiciales que en el mismo se adopten. Y sin no demasiados esfuerzos podemos interpretar que las garantías que proporciona el art. 125 LOPM se refieren

¹²⁰ Vid. el paralelismo entre los arts. 118 LECr. y 125 LOPM.

al imputado incluso en la fase de diligencias previas¹²¹. De manera que, como con acierto dice MARTÍN DELPÓN «desde el momento en que se le notificase al imputado el auto de incoación de las diligencias previas debería de ser instruir y requerido para el nombramiento de letrado que le asistiese y representase en las actuaciones. Hay que hacer una pequeña salvedad a lo anteriormente expuesto. En estricta puridad procesal si se ha fijado la imputación de persona o personas concretas, dentro del ámbito de la jurisdicción militar, y por un delito concreto, la instrucción a la asistencia letrada debería de hacerse, cabalmente, en el seno de un sumario o de unas diligencias preparatorias, dependiente del delito que se haya perfilado previamente. Aunque no es menos cierto que, no pudiendo ser determinada con firmeza el encasillamiento de los hechos como ilícito penal o disciplinario, sería aconsejable incluso en este supuesto la instrucción de los derechos propios de la condición del imputado, para evitar indefensión»¹²². Aunque algún autor, como ROJAS CARO, estima que en este procedimiento «no hay, pues, [...] ningún inculcado, en principio, y por consiguiente no hay por qué instrumentar ninguna medida de defensa a su favor»¹²³, lo cierto es que se coloca en situación de indefensión a quien, habiéndole comunicado su situación de «imputado», no se le proporcionan todas las garantías que le permitan defenderse como tal. Advierte en este sentido LORCA NAVARRETE, en relación con la dicción del art. 142 LOPM¹²⁴, que «es sumamente criticable y me atrevería a señalar que inconstitucional en cuanto que niega al inculcado o imputado,

¹²¹ Dispone el art. 125 LOPM, en lo que nos interesa:

«Tan pronto como se comunique a una persona la existencia de un procedimiento del que pudieran derivarse responsabilidades penales en su contra, se le instruirá de su derecho a la asistencia letrada, y en todo caso, si hubiera sido acordada su detención, prisión u otra medida cautelar o se dictare contra la misma auto de procesamiento, será requerida para que designe Abogado defensor o solicite su designación en turno de oficio. [...]»

La admisión de denuncia y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, será puesta inmediatamente en conocimiento de éstas».

¹²² MARTÍN DELPÓN, J.L., «La condición del imputado en las diligencias previas de la Ley Procesal Militar», *Revista Española de Derecho Militar*, nº 92, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 2008, págs. 92 y 93.

¹²³ ROJAS CARO, J., *Derecho Procesal Penal Militar*, Bosh, Barcelona, 1991, pág. 277.

¹²⁴ Dispone el precepto en cuestión: *«En las diligencias previas a que se refiere el artículo anterior el Juez Togado instruirá de su derecho a la asistencia letrada a aquellas personas cuya declaración apareciere como necesaria para dictar la oportuna resolución, siempre y cuando estimare que de dicho testimonio puedan derivarse méritos para una futura inculpación contra quien lo presta. En el caso de que los méritos para la inculpación resultaren de la propia declaración se suspenderá ésta hasta que el declarante sea provisto de la asistencia letrada correspondiente».*

esto es –y reitero que es literal–, a quien de su testimonio se deriven méritos para su inculpación el derecho de acceso a la tutela judicial efectiva mediante el recurso (art. 24 C) ya que únicamente se prevé que en tales casos se suspenda la declaración para que el declarante sea provisto de asistencia letrada»¹²⁵. Hay que, a mi entender, en este supuesto, realizar la interpretación constitucionalmente adecuada del precepto, es decir, suspender la declaración al efecto de que sea asistido por letrado pero además informarle, en cuanto se reanude la diligencia, de todos los derechos que le asisten como imputado, incluido el de no contestar a las preguntas que se le formulen. Citando una vez más a MARTÍN DELPÓN «queda claro que se puede hablar de la figura del imputado desde el momento en que la *notitia criminis*, que el juez togado ha recibido y que ha dado lugar a la incoación de las diligencias previas, está íntimamente relacionada con un presunto responsable. Lo cual implica, a su vez, que si se halla determinada esa presunta persona responsable se le debe dotar de los mecanismos procesales de garantía y, por ello, le es aplicable, sin duda, lo previsto en el art. 125 de la LPM»¹²⁶. De la numerosa jurisprudencia constitucional recaída sobre el particular¹²⁷ se deriva que, aunque no exista una imputación formal, la mera investigación, aunque sea preliminar, sobre unos hechos con los que se relacione a una persona, máxime si existe denuncia o querrela o se han adoptado medidas cautelares, debe suponer proporcionar a esa persona las garantías que la Legislación Procesal reconoce al imputado. Por ello, no estaría de sobra una modificación de la Ley Procesal Militar tan simple como añadir un precepto en el capítulo relativo a las diligencias previas en el sentido de reconocer al que aparezca como «imputado» en esta fase todos los derechos y garantías que al mismo se reconocen en la fase de sumario, especialmente los mencionados en el art. 118 LECr.

Debemos convenir, por tanto, con CLAVER VALDERAS que «estas diligencias constituyen un verdadero procedimiento penal castrense, lo que de entrada las distingue de sus predecesores los procedimientos previos, ya que éstos –conforme señalaban los arts. 394 y 517 respectivamente de los Códigos de Justicia Militar de 1890 y 1945– a pesar de su índole judicial no tenían el carácter de procedimiento penal, el cual sin embargo es reco-

¹²⁵ LORCA NAVARRETE, A.M., *Comentarios a la Ley Procesal Militar*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 1990, pág. 229.

¹²⁶ MARTÍN DELPÓN, J.L., «La condición del imputado en las diligencias previas de la Ley Procesal Militar», *Revista Española de Derecho Militar*, nº 92, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 2008, pág. 91.

¹²⁷ Por todas, SSTC 162/1997, de 3 de octubre; 56/1999, de 12 de abril; 79/2000, de 27 de marzo; 178/2001, de 17 de septiembre y 62/2002, de 11 de marzo.

nocido claramente por la vigente LPM a las actuales diligencias previas, como lo demuestra la posibilidad de adoptar en las mismas las referidas medidas cautelares, lo que expresamente no se permitía en aquellos procedimientos previos, al igual que tampoco cabía considerar a nadie como inculpado o presunto responsable, lo que ahora sí es factible»¹²⁸.

Establecido, por ello, que las diligencias previas constituyen un auténtico procedimiento –en el que puede aparecer la figura de un imputado, tenga o no esta denominación– no deja de ser chocante la previsión del art. 143 LOPM:

«El auto por el que se adopte alguna de las medidas a las que se refiere el art. 141, será apelable por el Fiscal Jurídico Militar, por los Mandos Militares promotores del parte, por el denunciante y por el perjudicado.

A tal efecto, dicho auto será comunicado por el medio más rápido posible al Fiscal Jurídico Militar y al Mando Militar promotor del parte y notificado, si constare su domicilio, al denunciante y al perjudicado».

El silencio que la Ley guarda respecto a la figura del posible imputado en las Diligencias Previas, vedándole así cualquier posibilidad de recurso respecto a las medidas judiciales contempladas en el art. 141, se pretende basar por parte de la doctrina¹²⁹ en la inexistencia en esta fase de imputado alguno. Pero es lo cierto que al Juez Togado, en virtud del art. 141, le es posible –en el marco de las diligencias previas– identificar hechos con caracteres de delito relacionando a determinada persona con los mismos (incluso considerando que una persona que declare ante él puede reunir méritos para una futura inculpación a cuyos efectos el art. 142 establece los pasos a seguir para garantizar su asistencia letrada) o llegando a adoptar respecto a la misma las medidas cautelares previstas en la Ley. Por ello, parece innegable la existencia de un imputado en esta fase, llámesele de este o de otro modo, al que le deben corresponder todas garantías para no sufrir indefensión tales como la asistencia letrada, tomar conocimiento de las diligencias a practicar y la posibilidad de recurso judicial –como parte de su derecho a la tutela judicial– frente al auto por el que el juez adopta alguna de las medidas del art. 141 que, además, le pueden afectar directamente a él. Esta omisión legal, sin embargo, es suplida judicialmente en la práctica dando recurso de apelación al «imputado» en esta fase con la finalidad de evitar su indefensión. Sin embargo, el silencio de la Ley en este aspecto –teniendo en cuenta que se da recurso de apelación a las demás partes, incluyendo al denunciante e incluso al Mando Militar promotor del parte– constituye

¹²⁸ CLAVER VALDERAS, J.M., *Comentarios a las Leyes Procesales Militares (Tomo II)*, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995, pág. 1455.

¹²⁹ *Ad ex. vid.* ROJAS CARO, J., *Derecho Procesal Penal Militar*, Bosh, Barcelona, 1991, pág. 277.

a mi juicio una inconstitucionalidad por omisión de este precepto legal por vulneración del art. 14 CE –desigualdad de las partes en el proceso penal– y 24.1 debido a la denegación de recurso judicial a la parte pasiva del proceso, con la indefensión que ello supone, y sin que ese veto de acceso a la jurisdicción pueda salvarse mediante ninguna justificación como, por ejemplo, la primacía de otro bien o valor constitucionalmente protegido. En esta misma línea SÁNCHEZ DEL RÍO Y SIERRA sostiene que «el artículo 143 adolece de un defecto grave y somete a tratamiento discriminatorio a quien puede resultar inculcado. Piénsese que el propio artículo 142 reconoce la posibilidad de que de las actuaciones practicadas derive una inculpación e incluso que el Juez Togado se adelante a tal inculpación cuando prevea que ha de derivar de una declaración que aparezca como necesaria para dictar la resolución (supuesto en que «instruirá de su derecho a la asistencia letrada» del futuro declarante). En tales condiciones, me parece obvio que el «inculcado» –que, no olvidemos, puede existir en las diligencias previas– no puede ser privado de un derecho que afecta, en definitiva, no ya a su defensa sino al derecho mismo a ser tutelado por los tribunales. Creo que, pese a la dicción del art. 143, el órgano judicial competente no podría inadmitir la apelación, pues ésta no es sino una más de las posibilidades puestas a disposición de las partes con carácter general: una parte –y lo es el inculcado– no puede tener un trato discriminatorio»¹³⁰.

Estimamos, por tanto, como una cuestión de *lege ferenda* que se reconozca legitimación activa al imputado en las diligencias previas para interponer recurso frente a las decisiones del Juez Togado adoptadas en el marco del art. 141 LOPM ya que, entretanto, los Jueces Togados, en buena técnica procesal, no podrían reconocer al inculcado dicha capacidad de accionar al margen de las previsiones legales sino que deberían plantear una cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

VI. CONCLUSIONES

I. La especialidad de la Jurisdicción Militar, consagrada constitucionalmente ex art. 117.5 CE, consiste en una peculiaridad orgánica y funcional, reflejada en la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar.

¹³⁰ SÁNCHEZ DEL RÍO Y SIERRA, J., «El estatuto del imputado y del procesado», *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos y procedimientos militares*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pág. 415.

Las singularidades estrictamente procesales que aún figuraban en la Ley Rituaria Castrense (Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar) han ido siendo «depuradas» por el Supremo Intérprete de la Constitución a lo largo de su dilatada doctrina jurisprudencial. De manera que, aunque encontremos algún autor que sostenga lo contrario¹³¹, no resulta posible ya sostener que del mero reconocimiento constitucional de la Jurisdicción Militar se deriven más peculiaridades, respecto a los procedimientos ante la Jurisdicción Ordinaria, que las orgánicas o aquellas que tengan su fundamento en un bien o valor constitucionalmente protegido.

II. La Jurisdicción Militar, como por otra parte se deriva de la incardinación del art. 117.5 en el Título VI de la Constitución, es una auténtica Jurisdicción, manifestación de la función jurisdiccional del Estado, aunque no se halle estrictamente integrada en el Poder Judicial, informada por los principios de independencia, inamovilidad, responsabilidad y sumisión exclusiva al imperio de la ley, a la que cumple, por ello, velar por la satisfacción de los Derechos Fundamentales, en particular, el Derecho a la tutela judicial efectiva en su función constitucional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. De manera que los límites de acceso a la Jurisdicción han de contar con fundamento constitucional en poderosas razones, sin que la mera invocación del mantenimiento de la Disciplina que, aunque constituye un valor indudablemente indispensable para el mantenimiento de la cohesión de las Fuerzas Armadas en orden a la consecución de las altas funciones encomendadas por el art. 8.1 CE, debe mantenerse en su propio ámbito, sin llegar a alcanzar traducción en la esfera del proceso hasta vedar totalmente el acceso a la jurisdicción, trátese o no de la Justicia Castrense.

III. Sentado lo anterior, frente al tradicional monopolio acusador del Ministerio Fiscal en el ámbito de la Jurisdicción Castrense, tras varias resoluciones del Tribunal Constitucional, el Legislador introduce en la LOCO-JM, reflejada posteriormente en la Ley Procesal Militar, la posibilidad del ejercicio de la acusación particular pero prohibiéndola cuando el perjudicado e inculpado fuesen militares y existiese entre ellos relación jerárquica de subordinación. Tras un recurso de amparo, el Tribunal Constitucional (previo otorgamiento del mismo) plantea mediante la STC 115/2001 cues-

¹³¹ Vid. el Voto Particular del Magistrado Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas respecto de la STC 115/2001, de 10 de mayo, donde sostiene, frente a la postura mayoritaria del Pleno, lo que sigue: «La diferencia entre la jurisdicción ordinaria y la militar que nace directamente del art. 117.5 de la Constitución, creo que justifica que la Ley que regule el ejercicio de la segunda, según el mandato contenido en dicho precepto constitucional, pueda incluir regulaciones distintas de las que son propias del ámbito de la jurisdicción ordinaria».

ción de inconstitucionalidad acerca de los preceptos de las Leyes Procesales Militares que restringían el acceso al proceso, resolviéndola finalmente por STC 179/2004. En este pronunciamiento el Supremo Intérprete considera inconstitucionales y declara la nulidad de los controvertidos preceptos¹³² por considerarlos contrarios a los arts. 14 (principio de igualdad en la Ley) y 24.1 CE (Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva). Considera el Alto Tribunal, en efecto, tras realizar una ponderación entre los bienes jurídicos en juego, que los preceptos cuestionados carecen de una justificación objetiva y razonable (la Disciplina militar, aunque esencial para la cohesión de las Fuerzas Armadas no lo es ya que debe proyectarse exclusivamente en el ámbito de la Administración Militar, sin llegar a reflejarse en el proceso), por lo que con ello se infringiría el art. 14 CE. Respecto al art. 24.1 CE, aunque no existe, según reiterada doctrina del Tribunal, un derecho al establecimiento de la acusación particular, una vez abierta esa vía por el Legislador, los vetos a la misma carentes de cobertura o justificación en otros bienes o valores constitucionales, han de decaer debido a la vulneración del art. 24.1 CE en su modalidad de acceso a la jurisdicción.

IV. Una vez desaparecidas las restricciones al ejercicio de la acusación particular ante los Tribunales Castrenses tras la sentencia constitucional de 2004, nos planteamos en el presente trabajo si es posible el ejercicio de la acción popular en el consabido ámbito.

Hemos partido en primer lugar para ello de la doctrina constitucional por la que la existencia de la acusación popular es de estricta configuración legal ex art. 125 CE. Así, mientras la acusación particular tiene su origen en el Derecho Fundamental consagrado en el art. 24.1 CE, la acción popular deriva del art. 125 del Texto Fundamental. Ahora bien, ni la LOCOJM ni la LOPM se pronuncian sobre la posibilidad de ejercicio de la acción popular. La interpretación del silencio de las Leyes Procesales Militares dista de ser pacífica. Debemos, con carácter preliminar, aclarar –en línea con lo dicho– que la interpretación del silencio del Legislador se trata de una cuestión de legalidad ordinaria. No hay, pues, problema de constitucionalidad alguno, viene a declarar el Tribunal Constitucional en la STC 64/1999, en que los Tribunales Castrenses interpreten el silencio de las Leyes Procesales Militares como prohibición y rechacen la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal –que sí contempla la acusación popular–. Pues bien, nuestra postura consiste en que la interpretación de la legalidad ordinaria –sin que ello lleve aparejado reconocimiento de Derecho Fundamental alguno– debe ser diferente tras la STC 179/2004. En efecto, si antes

¹³² Art. 108, párrafo 2 LOCOJM y art. 127, párrafo 1 LOPM.

de 2004 aun existían restricciones para ejercer la acusación particular por el ofendido o perjudicado por el delito en ciertos supuestos, se concluía con ello que la Ley ni siquiera se planteaba la figura del acusador popular. Posiblemente encontremos en este razonamiento la respuesta a la omisión de la Ley. Porque si omisión —con anterioridad a la STC 179/2004— lo hubiésemos entendido como reconocimiento de la institución quedaría con ello la puerta abierta al fraude de ley ya que las personas que con arreglo a la legislación procesal anterior tuviesen vedado el acceso a la acusación particular, podrían ejercerla por la vía del supuesto reconocimiento tácito a la acusación popular. Sin embargo, desaparecidos los límites al ejercicio de la acusación particular en tiempo de paz, se impone una reconstrucción interpretativa de las leyes procesales militares ya que, mientras no nos encontremos en tiempo de guerra, ahora no difieren del sistema acusatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Actualmente la omisión no debe interpretarse como prohibición. En este momento sí podemos afirmar (tras la sentencia constitucional de 2004) que si el Legislador hubiera querido prohibir la acción popular, lo hubiese hecho expresamente y así, si desea la inexistencia de dicha figura en el proceso penal militar, lo prohibirá introduciendo una simple reforma en las leyes procesales militares. De lo contrario, hay que entender que rige con carácter supletorio el sistema general de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que sí reconoce y regula dicha institución. Por ello, resultaría sumamente esclarecedor que el Legislador Procesal Militar realizase referencia expresa a dicha institución, regulándola, estableciendo límites a su ejercicio o, simplemente, prohibiéndola (y ello con plena legitimidad) en el ámbito de la Jurisdicción Castrense a semejanza de lo establecido en otras Leyes Procesales como la que regula la Responsabilidad Penal del Menor¹³³.

Respecto a la prohibición del ejercicio de la acusación particular en tiempo de guerra (y por ende de la acción popular) ello determina el monopolio absoluto del Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acusación en tan extraordinarias circunstancias. Aunque, según la doctrina constitucional, no existe un Derecho Fundamental al establecimiento por el Legislador de la acusación particular y mucho menos de la acción popular, el veto legal a cualquier posibilidad de accionar para defender los derechos e intereses legítimos ante los Tribunales Castrenses, aunque se trate de tiempo de guerra, teniendo en cuenta la configuración de la Jurisdicción Militar y, particularmente, de la Fiscalía Jurídico-Militar en tiempo de guerra¹³⁴,

¹³³ Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores.

¹³⁴ *Vid.* nota 74.

poco parece compadecerse con los principios constitucionales y con el Derecho Fundamental a un proceso justo y con todas las garantías, ya que un Ministerio Fiscal fuertemente jerarquizado llegaría a disponer realmente del proceso pudiendo solicitar el sobreseimiento o incluso retirando la acusación¹³⁵ sin que al particular ofendido por el delito le cupiese ninguna posibilidad de impetrar la tutela judicial efectiva, colocándole en una grave situación de indefensión constitucionalmente proscrita, a mi juicio, incluso en tiempo de guerra ya que, según el Tribunal Constitucional, la legitimidad constitucional, para no producir indefensión al particular, de la exclusión o prohibición del ejercicio de la acusación particular requiere de una justificación asentada en poderosas razones, orientada a la protección de bienes o derechos constitucionalmente relevantes.

Por lo que se refiere a la acción popular en tiempo de guerra, razones constitucionalmente fundadas como el negativo régimen de un litisconsorcio del acusador popular junto al Ministerio Fiscal y al acusador particular en circunstancias realmente excepcionales así como los perniciosos efectos sobre la Defensa Nacional que pudiera acarrear la apertura a la acción popular de la posibilidad de acusación por cualquiera de los delitos contemplados en la legislación penal militar hacen aconsejable su prohibición en tal coyuntura. Pero es igualmente conveniente que el Legislador lo haga constar así de forma expresa en la legislación procesal militar, de igual manera que es deseable que lo haga en tiempo de paz si lo que desea es prohibir la posibilidad de ejercicio de la acusación popular en el ámbito de la Jurisdicción Militar, algo que, como sabemos, se trata de una opción constitucionalmente legítima del Legislador, dado que la posibilidad de que los ciudadanos ejerciten la acción popular es de estricta configuración legal.

V. En cuanto al problema de la tutela judicial respecto a las sanciones por faltas disciplinarias leves, como ha sido puesto de manifiesto en el Capítulo IV, el recurso contencioso-disciplinario militar ordinario está vedado para las faltas leves. Solamente en los supuestos en que resulten afectados derechos fundamentales con la actuación sancionadora de la Administración establece la Ley Procesal Militar un especial mecanismo de protección jurisdiccional en cumplimiento del art. 53.2 CE: el recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario¹³⁶. Lo que ocurre es que estos procedimientos regulados en un principio en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los

¹³⁵ *Vid.* nota 75.

¹³⁶ Art. 518 y ss. LOPM.

Derechos Fundamentales de la Persona, resultaban en principio de cognición limitada –también en el ámbito de la Jurisdicción ordinaria– a la vulneración de Derechos Fundamentales, quedando las llamadas cuestiones de legalidad ordinaria ayunas de fiscalización en sede judicial. No existiendo, por ello, otra vía ordinaria de tutela, la Sala 5ª del Tribunal Supremo comenzó a conocer de estos problemas de legalidad ordinaria siempre que se apareciesen indisolublemente unidas con la violación de Derechos Fundamentales. Se trataba del conocido como «bloque de constitucionalidad». Por tanto, el problema de ausencia de tutela se venía dando respecto a aquellos espacios que resultasen de estricta legalidad ordinaria y en cuanto a las sanciones disciplinarias que no conllevasen en principio afectación a ningún Derecho Fundamental. Como quedó expuesto, sobre estos problemas de tutela judicial efectiva se terminó pronunciando el Tribunal Constitucional en la STC 202/2002, de 28 de octubre, que plantea cuestión de inconstitucionalidad ante el Pleno del Tribunal respecto al art. 453 LOPM en su relación con el art. 468 b), por considerar que estos preceptos vulneraban el art. 24.1 CE en conexión con el art. 106.1. La sentencia constitucional de 28 de octubre de 2002 consagra, o más bien confirma, el principio de plenitud del control jurisdiccional de la actividad de la Administración –incluida la Militar– derivado de los arts. 24.1 y 106 CE, lo que conlleva la imposibilidad de existencia de núcleos, áreas o ámbitos del Ordenamiento o de la actividad administrativa «blindados» o exentos en su totalidad del control de legalidad de los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de las restricciones que puedan imponer en el Derecho a la tutela judicial efectiva la proporcionada y justificada consideración de otros valores o bienes constitucionalmente protegidos, entre los cuales pueda hallarse el de la Disciplina militar, como elemento necesario para la necesaria cohesión de las Fuerzas Armadas en orden al cumplimiento de las misiones que constitucionalmente tiene encomendadas (art. 8.1 CE), pero sin que ello deba significar la existencia de parcelas del Ordenamiento –cuál es el Derecho Disciplinario Militar– completamente ayunas de control judicial. De esta resolución del Alto Tribunal se deriva una reiterada jurisprudencia de la Sala 5ª en dos sentidos diferentes:

1.º Por una parte, se va a declarar admisible el recurso contencioso-disciplinario ordinario interpuesto contra sanciones por falta leve.

2.º Por otro lado, se extiende el objeto del recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario a cuestiones de legalidad ordinaria, vayan incardinadas o no en el denominado «bloque de la constitucionalidad», pues de otra manera se carece de cauce procesal para su impugna-

ción, al contrario de lo que sucede en el Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo, con la consiguiente vulneración del art. 24 CE.

Aunque esta solución jurisprudencial solventa en la práctica cualquier problema material de tutela judicial efectiva, no deja de constituir una medida provisional que quedará definitivamente cerrada con el pronunciamiento del Tribunal Constitucional por el que previsiblemente expulse del Ordenamiento Jurídico los preceptos cuestionados. Pero la auténtica solución –como propuesta, por ello, de *lege ferenda*– debe venir dada, en mi opinión, por la consagración legislativa de la tutela judicial plena por los castigos disciplinarios militares¹³⁷, arbitrando respecto a las sanciones por faltas disciplinarias leves un sencillo procedimiento judicial ante los Jueces Togados, siguiendo los esquemas del procedimiento abreviado del art. 78 de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

VI. En cuanto al Derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito de las Diligencias Previas examinábamos particularmente la figura de la parte pasiva en esta fase. Dejábamos establecido que las diligencias previas son un auténtico procedimiento penal donde puede llegar a existir un «imputado» concreto, incluso antes de decretar la formación de sumario o diligencias preparatorias. Por ello, concluimos que resulta de *lege ferenda* la necesidad de incluir en el articulado relativo a las diligencias previas una previsión legal por la que se reconozca al que aparezca como «imputado» en esta fase todos los derechos y garantías que al mismo se reconocen en la fase de sumario, especialmente los mencionados en el art. 125 LOPM en clara similitud con el art. 118 LECr.

Por otra parte, resulta asimismo necesaria una reforma legislativa del art. 143 LOPM, en orden a garantizar el derecho a los recursos del inculcado así como evitar que resulte para él una situación de indefensión, que reconozca, por ello, legitimación activa al imputado en las diligencias previas para interponer recurso frente a las decisiones del Juez Togado adoptadas en el marco del art. 141 LOPM ya que, entretanto, los Jueces Togados, en buena técnica procesal, no podrían reconocer al inculcado dicha capacidad de accionar al margen de las previsiones legales sino que deberían plantear una cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional¹³⁸.

¹³⁷ Como así se prevé sin ningún tipo de restricción en el art. 78 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil.

¹³⁸ Esta omisión legal, sin embargo, es suplida judicialmente en la práctica dando recurso de apelación al «imputado» en esta fase de diligencias previas con la finalidad de evitar su indefensión, como indicábamos más arriba.

TEXTOS

LEGISLACIÓN

LEGISLACIÓN

José María Sánchez Sánchez
Comandante Auditor

JEFATURA DEL ESTADO

Instrumento de Ratificación de la Convención sobre municiones de racimo, hecho en Dublín el 30 de mayo de 2008 (BOE número 68, de 19-mar-2010).

Real Decreto-ley 3/2010, de 26 de marzo, por el que se modifica la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil (BOE número 75, de 27-mar-2010).

Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público (BOE número 126, de 24-may-2010).

Cuarta Acta de corrección de errores del Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad

Europea, hecho en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 (BOE número 133, de 1-jun-2010).

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE número 152, de 23-jun-2010).

Instrumento de Ratificación del Protocolo de 2005 relativo al Convenio para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, hecho en Londres el 14 de octubre de 2005 (BOE número 170, de 14-jul-2010).

Corrección de errores del Instrumento de Ratificación de la Convención sobre municiones en racimo, hecho en Dublín el 30 de mayo de 2008 (BOE número 171, de 15-jul-2010).

Ley 31/2010, de 27 de julio, sobre simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los servicios de seguridad de los Estados miembros de la Unión Europea (BOE número 182, de 28-jul-2010).

Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general (BOE número 191, de 7-ago-2010).

Instrumento de Ratificación del Protocolo Adicional Complementario del Convenio entre los Estados Parte en el Tratado del Atlántico Norte y los otros Estados participantes en la Asociación para la paz, relativo al Estatuto de sus Fuerzas, hecho en Bruselas el 19 de diciembre de 1997 (BOE número 225, de 16-sep-2010).

Corrección de errores del Instrumento de Ratificación del Protocolo de 2005 relativo al Convenio para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, hecho en Londres el 14 de octubre de 2005 (BOE número 226, de 17-sep-2010).

Instrumento de Ratificación del Acuerdo de Seguridad entre la República Francesa, la República Italiana, la República Portuguesa y el Reino de España para la protección de la información clasificada de EUROFOR, hecho en Roma el 11 de octubre

de 2007 (BOE número 239, de 2-oct-2010).

Ley Orgánica 9/2010, de 22 de diciembre, por la que se autoriza la ratificación por España del Protocolo por el que se modifica el Protocolo sobre las disposiciones transitorias, anejo al Tratado de la Unión Europea, al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, firmado en Bruselas el 23 de junio de 2010 (BOE número 311, de 23-dic-2010).

CORTES GENERALES

Resolución de 29 de abril de 2010, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 3/2010, de 26 de marzo, por el que se modifica la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen de Personal del Cuerpo de la Guardia Civil (BOE número 108, de 4-may-2010).

Resolución de 16 de diciembre de 2010, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre (BOE número 307, de 18-dic-2010).

PRESIDENCIA DEL GOBIERNO

Real Decreto 763/2010, de 11 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 639/2009, de 17 de abril, que establece las Comisiones Delegadas del Gobierno (BOE número 143, de 12-jun-2010).

Real Decreto 999/2010, de 5 de agosto, por el que se modifica el Real Decreto 434/1988, de 6 de mayo, sobre reestructuración de la Casa de Su Majestad el Rey (BOE número 191, de 7-ago-2010).

Real Decreto 1331/2010, de 22 de octubre, por el que se establecen las Comisiones Delegadas del Gobierno (BOE número 257, de 23-oct-2010).

Real Decreto 1611/2010, de 3 de diciembre, por el que se encomienda transitoriamente al Ministerio de Defensa las facultades de control de tránsito aéreo atribuidos a la entidad pública empresarial (BOE número 294, de 4-dic-2010).

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y COOPERACIÓN

Entrada en vigor del Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Reino de España relativo al uso por las Naciones Unidas de locales en

el Reino de España para la prestación de apoyo a operaciones de mantenimiento de la paz y operaciones conexas de las Naciones Unidas, hecho en Madrid el 28 de enero de 2009 (BOE número 6, de 7-ene-2010).

Entrada en vigor del Acuerdo entre el Reino de España y la República Islámica de Afganistán para el patrocinio de una unidad del ejército nacional afgano, hecho en Kabul el 28 de julio de 2008 (BOE número 61, de 11-mar-2010).

Resolución de 7 de abril de 2010, de la Secretaría General Técnica, relativa a la Objeción de España a la reserva y declaración interpretativa formulada por Estados Unidos de América al Protocolo III sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias de la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados y Protocolos I, II y III, hecho en Ginebra el 10 de octubre de 1980 (publicado en el «Boletín Oficial del Estado» número 89 de 14 de abril de 1994) (BOE número 97, de 22-abr-2010).

Aplicación provisional del Canje de Notas de 23 de febrero y 8 de marzo de 2010, entre el Reino de España y la República de Haití constitutivo de Acuerdo Temporal para el Estatuto del

personal de las Fuerzas Armadas en Haití en el marco de la operación española de ayuda humanitaria de emergencia por el terremoto (BOE número 129, de 27-may-2010).

Aplicación provisional de la Carta de asistencia entre el Reino de España y la UNAMID (operación hídrica de la Unión Africana y Naciones Unidas en Darfur), hecha el 26 de noviembre y 12 de diciembre de 2008 (BOE número 133, de 1-jun-2010).

Acuerdo de colaboración y cooperación por el que se establece una colaboración entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Tayikistán, por otra, hecho en Luxemburgo el 11 de octubre de 2004 (BOE número 154, de 25-jun-2010).

Suplemento al Convenio sobre el apoyo logístico y el perfeccionamiento conjuntos del sistema de armas LEOPARD, de 30 de septiembre de 1969, en la versión de 15 de mayo de 1998 (BOE número 284, de 24-nov-2010).

MINISTERIO DE DEFENSA

Orden DEF/3495/2009, de 22 de diciembre, que modifica la Orden DEF/1815/2003, de 23 de junio, por la que se regulan los procedimientos para determinar el conocimiento en materia de

idiomas extranjeros en el ámbito de las Fuerzas Armadas (BOE número 313, de 29-dic-2009).

Real Decreto 1816/2009, de 27 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Archivos Judiciales Militares

(BOE número 13, de 15-ene-2010).

Real Decreto 35/2010, de 15 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas (BOE número 14, de 16-ene-2010).

Instrucción 2/2010, de 27 de enero, de la Subsecretaría de Defensa, por la que se modifica la Instrucción 89/1994, de 20 de septiembre, del Secretario de Estado de Administración Militar, sobre tramitación del nuevo pasaporte militar y la obtención de títulos de viajero con pasaporte y tarjeta de identificación militar, modificada por la Instrucción 10/2006, de 24 de enero (BOD número 25, de 8-feb-2010).

Instrucción 5/2010, de 19 de febrero, del Secretario de Estado de Defensa, por la que se aprueba el Plan General para la Organización de la Contratación y sus Procedimientos en el Ministerio de Defensa (BOD número 41, de 2-mar-2010).

Real Decreto 165/2010, de 19 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de homologación de productos de específica utili-

- zación en el ámbito de la defensa (BOE número 58, de 8-mar-2010).
- Real Decreto 166/2010, de 19 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de catalogación de material de la defensa (BOE número 58, de 8-mar-2010).
- Real Decreto 194/2010, de 26 de febrero, por el que se aprueban las Normas sobre seguridad en las Fuerzas Armadas (BOE número 64, de 15-mar-2010).
- Corrección de errores del Real Decreto 166/2010, de 19 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de catalogación de material de la defensa (BOE número 69, de 20-mar-2010).
- Instrucción 11/2010, de 23 de marzo, de la Subsecretaría, por la que se establecen los parámetros de ponderación de las materias de la fase específica de la prueba de acceso a las enseñanzas universitarias oficiales de Grado (BOE número 76, de 29-mar-2010).
- Orden Ministerial 12/2010, de 25 de marzo, por la que se modifican las Órdenes Ministeriales 17/2009, 18/2009 y 20/2009, de 24 de abril, sobre evaluaciones del personal militar (BOD número 63, de 1-abr-2010).
- Orden DEF/792/2010, de 25 de marzo, por la que se aprueban las normas por las que han de regirse los procesos de selección para el ingreso en los centros docentes militares de formación para acceder a las escalas de oficiales de los Cuerpos Generales y de Infantería de Marina (BOE número 77, de 30-mar-2010).
- Corrección de errores del Real Decreto 194/2010, de 26 de febrero, por el que se aprueban las Normas sobre seguridad en las Fuerzas Armadas (BOE número 77, de 30-mar-2010).
- Corrección de errores del Real Decreto 35/2010, de 15 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas (BOE número 91, de 15-abr-2010).
- Orden DEF/960/2010, de 15 de abril, por la que se constituye el Centro de Excelencia contra artefactos explosivos improvisados en el ámbito del Ministerio de Defensa y su ofrecimiento a la Organización del Tratado del Atlántico Norte (BOE número 95, de 20-abr-2010).
- Orden DEF/1159/2010, de 3 de mayo, por la que se regula la Comisión Ministerial de Administración Electrónica del Ministerio de Defensa (BOE número 111, de 7-jul-2010).
- Real Decreto 684/2010, de 20 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Honores Militares (BOE número 125, de 22-may-2010).
- Orden Ministerial 23/2010, de 25 de mayo, que modifica la Or-

- den Ministerial 50/1997, de 3 de abril, por la que se aprueba el modelo de hoja de servicios del personal militar de carrera y de empleo de la categoría de Oficial (BOD número 105, de 1-jun-2010).
- Real Decreto 711/2010, de 28 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de especialidades fundamentales de las Fuerzas Armadas (BOE número 133 de 1-jun-2010).
- Orden Ministerial 24/2010, de 25 de mayo, por la que se fijan las cuantías de las compensaciones económicas y de los cánones de uso de las viviendas militares y plazas de aparcamiento y se identifican como una única localidad determinadas áreas geográficas (BOD número 107, de 3-jun-2010).
- Orden Ministerial 25/2010, de 25 de mayo, por la que se establecen las normas para acreditar el cambio de residencia habitual de los miembros de las Fuerzas Armadas, a los efectos de solicitud de compensación económica (BOD número 107, de 3-jun-2010).
- Orden Ministerial 31/2010, de 15 de junio, por la que se crea el distintivo de Diplomado de Estado Mayor de las Fuerzas Armadas (BOD número 121, de 23-jun-2010).
- Orden Ministerial 431/09879/2010, de 24 de junio, por la que se fijan las plantillas de las Escalas a Extinguir de Oficiales de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de los militares de complemento de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, y de las Escalas a Extinguir de la disposición transitoria tercera de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, para el período 2010-2011 (BOD número 126, de 30-jun-2010).
- Orden Ministerial 431/10074/2010, de 24 de junio, por la que se determina el número de asistentes a los cursos de actualización para el ascenso a general de brigada, teniente coronel, suboficial mayor y cabo mayor, para el período 2010-2011 (BOD número 128, de 2-jul-2010).
- Orden DEF/1766/2010, de 24 de junio, por la que se crea la Sede Electrónica Central del Ministerio de Defensa (BOE número 160, de 2-jul-2010).
- Instrucción 40/2010, de 2 de julio, que modifica las Instrucciones 34/2002, de 7 de marzo, 58/2002, de 8 de abril y 80/2002, de 19 de abril, del Subsecretario de Defensa por la que se aprueban los programas de la prueba de conocimientos específicos y el baremo a aplicar en la fase de concurso de los procesos selectivos de acceso a las enseñanzas de formación para la incorporación a la Escala de Suboficiales de los diferentes Cuerpos de los Ejércitos (BOD número 133, de 9-jul-2010).

- Instrucción 41/2010, de 7 de julio, del Secretario de Estado de Defensa, por la que se aprueban las normas para la aplicación de la Política de Seguridad de la Información del Ministerio de Defensa (BOD número 136, de 14-jul-2010).
- Orden Ministerial 431/11530/2010, de 14 de julio, por la que se autorizan los cupos para el pase a la situación de reserva con carácter voluntario durante el ciclo 2010-2011 para el personal de las Fuerzas Armadas (BOD número 144, de 26-jul-2010).
- Orden Ministerial 49/2010, de 30 de julio, por la que se establecen las normas de evaluación y de progreso y permanencia en los centros docentes militares de formación, para la incorporación a las escalas de oficiales (BOD número 151, de 4-ago-2010).
- Resolución 400/12415/2010, de 28 julio, del Subsecretario de Defensa, por la que se aprueba el calendario de actividades para el curso académico 2010/2011, correspondiente a la enseñanza de formación para el acceso a las escalas de oficiales de los cuerpos generales e infantería de marina sin requisito previo de titulación universitaria (BOD número 152, de 5-ago-2010).
- Orden Ministerial 55/2010, de 10 de septiembre, por la que se determina el modelo y las normas reguladoras de los informes personales de calificación (BOD número 181, de 15-sep-2010).
- Real Decreto 1053/2010, de 5 de agosto, de desconcentración de facultades en materia de contratos, acuerdos técnicos y otros negocios jurídicos onerosos, en el ámbito del Ministerio de Defensa (BOE número 221, de 11-sep-2010).
- Instrucción 56/2010, de 15 de septiembre, de la Subsecretaría de Defensa, por la que se determinan los criterios de evaluación y clasificación de los alumnos de los centros docentes militares de formación para el acceso a las escalas de oficiales (BOD número 187, de 23-sep-2010).
- Resolución 301/38244/2010, de 3 de noviembre, de la Secretaría de Estado de Defensa, por la que se hace efectiva la supresión de determinados centros tecnológicos y se integran sus actividades, funciones y competencias en el Instituto Tecnológico «La Marañosa» (BOE número 285, de 25-nov-2010).
- Orden Ministerial 64/2010, de 18 de noviembre, por la que se regulan los procedimientos para evaluar la competencia lingüística en los idiomas extranjeros considerados de interés para las Fuerzas Armadas (BOD número 229, de 24-nov-2010).
- Real Decreto 1674/2010, de 10 de diciembre, por el que se modifica la disposición adicional única

- del Real Decreto 970/2007, de 13 de julio, por el que se modifica el Reglamento general de recompensas militares, aprobado por el Real Decreto 1040/2003, de 1 de agosto (BOE número 303, de 14-dic-2010).
- Orden Ministerial 68/2010, de 30 de noviembre, que modifica la Orden Ministerial 84/2003, de 24 de junio, por la que se crean los distintivos de las especialidades complementarias del Cuerpo Militar de Sanidad y se aprueba su uso (BOD número 238, de 9-dic-2010).
- Orden Ministerial 69/2010, de 30 de noviembre, que modifica la Orden Ministerial 210/2002, de 24 de septiembre, por la que se aprueban las normas para la elaboración, custodia y utilización de los expedientes de aptitud psicofísica (BOD número 238, de 9-dic-2010).
- Orden Ministerial 71/2010, de 15 de diciembre, por la que se crea la Unidad de apoyo a heridos y familiares de fallecidos y heridos en acto de servicio de las Fuerzas Armadas (BOD número 244, de 17-dic-2010).
- Orden Ministerial 72/2010, de 17 de diciembre de 2010, por la que se desarrolla el Real Decreto 1516/2009, de 2 de octubre, por el que se regula la licencia comunitaria de controlador de tránsito aéreo, y se establece el certificado de aptitud de controlador militar (BOD número 246, de 21-dic-2010).
- Resolución 700/18832/2010, de 17 de diciembre, del Estado Mayor del Ejército del Aire, por la que se establece el procedimiento para el canje de las habilitaciones y anotaciones al que hace referencia el Real Decreto 1516/2009, de 2 de octubre, por el que se regula la licencia comunitaria de controlador de tránsito aéreo (BOD número 246, de 21-dic-2010).
- Resolución 4B0/38257/2010, de 9 de diciembre, del Instituto Social de las Fuerzas Armadas, por la que se actualiza el Anexo 1 de la Resolución 4B0/38276/2009, de 16 de diciembre, por la que se aprueba la Cartera de Servicios de Asistencia Sanitaria del ISFAS (BOE número 307, de 18-dic-2010).
- Orden Ministerial 74/2010, de 21 de diciembre, de ordenación del «Boletín Oficial del Ministerio de Defensa» (BOD número 247, de 22-dic-2010).
- Instrucción 75/2010, de 20 de diciembre, del Subsecretario de Defensa, por la que se aprueban las normas particulares de desarrollo y ejecución para la determinación de la competencia lingüística en los idiomas extranjeros considerados de interés para las Fuerzas Armadas (BOD número 249, de 24-dic-2010).

Orden DEF/3321/2010, de 17 de diciembre, por la que se modifica la Orden DEF/3537/2006, de 13 de noviembre, por la que se crea el Instituto Tecnológico «La Maraños» (BOE número 312, de 24-dic-2010).

Orden Ministerial 81/2010, de 21 de diciembre, por la que se aprueba el Plan General de Acción Social del Personal Militar del Ministerio de Defensa y de sus Organismos Autónomos (BOD número 253, de 30-dic-2010).

Resolución 1A0/38263/2010, de 1 de diciembre, del Centro Nacional de Inteligencia, por la que se crea la Sede Electrónica del Centro Nacional Inteligencia (BOE número 315, de 28-dic-2010).

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

Orden EHA/1490/2010, de 28 de mayo, por la que se regula el funcionamiento del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasicadas del Estado (BOE número 141, de 10-jun-2010).

MINISTERIO DE FOMENTO

Real Decreto 629/2010, de 14 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 389/1998, de 13 de marzo, por el que se regula la investigación de accidentes e in-

cidentes de aviación civil, con el fin de modificar la composición de la Comisión de Investigación de Accidentes e Incidentes de Aviación Civil (BOE número 134, de 2-jun-2010).

Real Decreto 765/2010, de 11 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 1217/2002, de 22 de noviembre, por el que se determinan la composición y funciones de la Comisión Nacional de Salvamento Marítimo (BOE número 161, de 3-jul-2010).

MINISTERIO DE EDUCACIÓN

Orden EDU/1970/2010, de 14 de julio, por la que se establece la equivalencia de los empleos militares de Cabo, Cabo Primero y Cabo Mayor de la Escala de Cabos y Guardias del Cuerpo de la Guardia Civil, al título de Técnico Superior correspondiente a la Formación Profesional del sistema educativo (BOE número 177, de 22-jul-2010).

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

Real Decreto 136/2010, de 12 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 772/1999, de 7 de mayo, por el que se regula la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones ante

- la Administración General del Estado, la expedición de copias de documentos y devolución de originales y el régimen de las oficinas de registro (BOE número 49, de 25-feb-2010).
- Real Decreto 137/2010, de 12 de febrero, por el que se establecen criterios para la emisión de la comunicación a los interesados prevista en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE número 49, de 25-feb-2010).
- Real Decreto 248/2010, de 5 de marzo, por el que se modifica el Reglamento de explosivos, aprobados por Real Decreto 230/1998, de 16 de febrero, para adaptarlo a lo dispuesto en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (BOE número 67, de 18-mar-2010).
- Real Decreto 343/2010, de 19 de marzo, por el que se modifica el Estatuto del Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial «Esteban Terradas», aprobado por el Real Decreto 88/2001, de 2 de febrero (BOE número 71, de 23-mar-2010).
- Real Decreto 563/10, de 7 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de artículos pirotécnicos y cartuchería (BOE número 113, de 8 de mayo de 2010).
- Real Decreto 636/2010, de 14 de mayo, por el que se regula el funcionamiento y se establece la estructura orgánica básica del Museo del Ejército (BOE número 119, de 15-may-2010).
- Real Decreto 637/2010, de 14 de mayo, por el que se prevé la incorporación de los deportistas de alto nivel a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (BOE número 127, de 25-may-2010).
- Orden PRE/1366/2010, de 20 de mayo, por la que se modifica el Reglamento de la Circulación Aérea Operativa, aprobado por el Real Decreto 1489/1994, de 1 de julio (BOE número 130, de 28-may-2010).
- Orden PRE/1491/2010, de 8 de junio, por la que se modifica la Orden del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno de 18 de enero de 1993, sobre zonas prohibidas y restringidas al vuelo (BOE número 141, de 10-jun-2010).
- Real Decreto 751/2010, de 4 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento interno del Consejo de la Guardia Civil (BOE número 147, de 17-jun-2010).
- Orden PRE/2507/2010, de 23 de septiembre, por la que se aprueba el Reglamento de Normalización Militar de Materiales (BOE número 235, de 28-sep-2010).
- Real Decreto 1286/2010, de 15 de octubre, por el que se aprueba el

Estatuto del organismo autónomo Instituto de Vivienda, Infraestructura y Equipamiento de la Defensa (BOE número 257, de 23-oct-2010).

Real Decreto 1287/2010, de 15 de octubre, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa (BOE número 257, de 23-oct-2010).

Corrección de errores del Real Decreto 636/2010, de 14 de mayo, por el que se regula el funcionamiento y se establece la estructura orgánica básica del Museo del Ejército (BOE número 257, de 23-oct-2010).

Real Decreto 1437/2010, de 5 de noviembre, por el que se declara de aplicación para los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil el Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, que aprueba las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (BOE número 269, de 6-nov-2010).

Real Decreto 1438/2010, de 5 de noviembre, sobre misiones de carácter militar que pueden encomendarse a la Guardia Civil

(BOE número 269, de 6-nov-2010).

Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo (BOE número 295, de 4-dic-2010).

Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre (BOE número 307, de 18-dic-2010).

MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL

Orden SAS/481/2010, de 26 de febrero, por la que se regula la implantación progresiva de la carrera profesional para el personal integrado en la condición de personal estatutario procedente de personal laboral del área funcional de actividades específicas de la Red Hospitalaria de la Defensa (BOE número 55, de 4-mar-2010).

JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Luis B. Álvarez Roldán
General Auditor

**Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 64/2010
de 18 de octubre**

**DERECHO FUNDAMENTAL A OBTENER LA TUTELA EFECTIVA
DE JUECES Y TRIBUNALES**

Derecho a obtener una resolución fundada en derecho: motivación: jurisdicción y proceso contencioso-administrativo: convalidación en el ámbito militar de una especialidad farmacéutica obtenida civilmente: denegación por incumplimiento de los requisitos exigidos por la Orden Ministerial 229/2002, de 28 de octubre: norma de aplicación al caso según interpretación y aplicación de la DA 15 de la LRJPAC hecha por el Tribunal de origen: razonamiento de la sentencia impugnada manifiestamente irrazonable ya que deja en manos de la Administración determinar la fecha del ingreso de una solicitud en sus registros y consecuentemente la facultad de determinar las normas aplicables: retroactividad prohibida por art. 9.3 CE cuando se trata de disposiciones restrictivas de derechos individuales: violación existente. Otorgamiento parcial del amparo.

Recurso de amparo contra Sentencia de 10/11/2005, de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid mediante la cual es denegada la convalidación en el ámbito militar de una especialidad farmacéutica obtenida civilmente por incumplimiento de los requisitos exigidos al efecto por la Orden Ministe-

rial 229/2002, de 28 de octubre y contra las resoluciones administrativas que dicha Sentencia confirma. Vulneración de los artículos 9.3, 14 y 24 de la Constitución: vulneración existente respecto del derecho a una tutela judicial efectiva. Otorgamiento parcial de amparo.

I. HECHOS (Resumen)

El recurrente, habiendo obtenido por Resolución de 10 de octubre de 2002 del Secretario de Estado de Educación y Universidades (dictada en virtud de delegación del Ministro) el título de farmacéutico especialista en análisis y control de medicamentos y drogas, presentó el 23 de octubre de ese mismo año, a través de su superior jerárquico, como lo exigían las Reales Ordenanzas, una solicitud dirigida al Director General de Enseñanza Militar del Ministerio de Defensa en la que instaba que se convalidara el título antes referido por la especialidad militar de análisis y control de medicamentos y drogas.

La citada instancia fue remitida por el Comandante Farmacéutico Jefe de Madrid mediante oficio de 28 de octubre de 2002, que fue registrado en el Órgano Central de la Defensa el 4 de noviembre de 2002. El Director General de Reclutamiento y Enseñanza Militar, mediante Resolución 453-15384-2003 de 9 de octubre de 2002 (fecha consignada erróneamente, debiendo entenderse de 9 de noviembre de 2002), denegó la solicitud, argumentando que era de aplicación la Orden Ministerial 229/2002, de 28 de octubre, cuya Base Quinta supeditaba la posibilidad de obtener convalidaciones a la existencia de una convocatoria de plazas para las que se necesiten esas convalidaciones. Terminaba diciendo la citada resolución que cuando «se produzca la oferta de plazas con el objeto de acceder en el ámbito de las Fuerzas Armadas a la especialidad complementaria solicitada y siempre que cumpla con los requisitos que se establezcan se podrá, previa petición, revisar o dictar nueva resolución».

El recurrente impugnó esta resolución en alzada ante el Subsecretario de Defensa, ya que entendía que no era de aplicación la Orden Ministerial 229/2002, de 28 de octubre, pues ésta se publicó el 31 de octubre de 2002 y entró en vigor al día siguiente, solicitando que se resolviera su petición con arreglo a «los principios y normativas utilizadas con anterioridad». El Subsecretario de Defensa, mediante Resolución de 10 de febrero de 2003, desestimó el recurso de alzada, confirmando la aplicabilidad de la citada Orden al entender que, en virtud de la disposición adicional decimoquinta

de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, la fecha determinante del Derecho aplicable es la de entrada del escrito en el registro del Órgano Central de la Defensa y eso ocurrió el 4 de noviembre de 2002, por tanto tras la entrada en vigor de la citada Orden.

El recurrente impugnó en vía contencioso-administrativa las resoluciones administrativas referidas, sosteniendo que la citada Orden 229/2002 no era aplicable al caso, ya que la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1992 señalaba la entrada de la solicitud en el registro del Órgano Central de la Defensa como el momento en que empezaba a contar el plazo máximo para resolver y no como la fecha determinante de la norma aplicable a la resolución del caso. Por tanto, debiendo partirse de la fecha de presentación de la solicitud ya sea el 23 de octubre de 2002, que es cuando la presentó al superior jerárquico, ya sea el 28 de octubre de 2002, que es cuando dicho superior jerárquico la remitió a su destino final la resolución de su petición conforme a la Orden Ministerial 229/2002 implica su aplicación retroactiva contraria al 2.3 CC y a los arts. 24, 9.3, 103 y 106 CE.

La Sentencia de 10 de noviembre de 2005 de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid denegó la pretensión del recurrente de que se convalidara su título. Empieza aclarando, en el fundamento jurídico primero, que «aunque la resolución originaria impugnada tiene fecha de 9 de octubre de 2002, fácilmente se comprende que es un error y que su fecha es de 9 de noviembre de 2002, desde el momento en que, como dice el propio demandante, dirigió una instancia el 28 de octubre de 2002 que motivó dicha resolución». Luego, ya resolviendo el debate procesal, afirma en el fundamento jurídico segundo que «según esa Orden [Orden Ministerial 229/2002, de 28 de octubre], no es automática la convalidación, sino que se han de cumplir, simultáneamente, tres requisitos: 1) Solicitar dicha convalidación cuando se oferten plazas; 2) Acreditar en ese momento tener la titulación proporcionada por el sistema educativo general; 3) Superar una prueba técnica ante un Tribunal Militar nombrado al efecto. Como no existe la oferta de plazas no se accedió a lo pretendido por el actor, pues ya faltaba el primero de tales requisitos». Y en el fundamento jurídico tercero razona que la solicitud debe resolverse conforme a la citada Orden porque la norma aplicable viene determinada por la fecha en que aquélla tuvo entrada en el registro del Órgano Central del Ministerio de Defensa. En concreto, después de transcribir íntegramente el art. 42 y la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1992 (cuyo párrafo segundo dice «en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado

cuya tramitación y resolución corresponda a órganos integrados en el Órgano Central del Ministerio de Defensa, Estado mayor de la Defensa y Cuarteles Generales de los Ejércitos, el plazo para resolver y notificar se contará desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en los registros de los citados órganos»), concluye que «por tanto, se establece el plazo para resolver, pero ello es porque se trata de la fecha en que tiene entrada la solicitud en el registro correspondiente y, en consecuencia, es en ese instante, cuando ha de empezar la actividad de la Administración y ésta se ha sujeta, por tanto, a las normas vigentes en ese momento. De esta forma, ha de concluirse diciendo que obró correctamente la Administración al aplicar la normativa que estaba vigente el día 4 de noviembre de 2005 (sic, debe entenderse 2002)».

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO (Resumen)

...

Hemos declarado reiteradamente que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, pero sí comprende, entre otras dimensiones, el derecho a obtener una resolución judicial motivada que, a su vez, según la doctrina constitucional, presenta varias manifestaciones. Supone, en primer lugar, que la resolución ha de estar suficientemente motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, lo que conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, ni resulte manifiestamente irrazonable, incurra en un error patente o en una evidente contradicción entre los fundamentos jurídicos, o entre éstos y el fallo, ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto; 25/2000, de 31 de enero; 87/2000, de 27 de marzo; 82/2001, de 26 de marzo; 221/2001, de 31 de octubre; 55/2003, de 24 de marzo; 223/2005, de 12 de septiembre; y 276/2006, de 25 de septiembre, entre otras muchas).

...

Examinando las cuestiones planteadas con este canon de constitucionalidad, hemos de comenzar declarando que, como sostiene el Fiscal, la motivación de la sentencia impugnada es suficiente, pues justifica la con-

firmación de la resolución administrativa que deniega la convalidación en que no se dan los requisitos exigidos al efecto en la Orden Ministerial 229/2002 (fundamento de Derecho segundo) y explica la razones por las que concluye que la referida Orden sí era aplicable al caso (fundamento de Derecho tercero).

Resta por analizar si el razonamiento de la Sentencia impugnada que le conduce a considerar aplicable al caso concreto la Orden Ministerial 229/2002, de 28 de octubre, cumple o no las exigencias de razonabilidad del canon de constitucionalidad indicado. Precizando más la cuestión, la Sentencia impugnada transcribe el art. 42 y la disposición adicional quinta de la Ley 30/1992 y acto seguido dice, en clara referencia al segundo párrafo de esta última, que, «por tanto, se establece el plazo para resolver, pero ello es porque se trata de la fecha en que tiene entrada la solicitud en el registro correspondiente y, en consecuencia, es en ese instante, cuando ha de empezar la actividad de la Administración y ésta se ha sujetar, por tanto, a las normas vigentes en ese momento. De esta forma, ha de concluirse diciendo que obró correctamente la Administración al aplicar la normativa que estaba vigente el día 4 de noviembre de 2005 (sic, debe entenderse 2002)». Lo que el Tribunal tiene que resolver en este proceso constitucional es, por tanto, si este modo de interpretar y aplicar al caso la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1992, es o no manifiestamente irrazonable para cualquier observador y si resulta patente, en su caso, que vulnera el derecho fundamental a obtener una resolución judicial motivada (art. 24.1 CE).

Pues bien, a juicio de este Tribunal, entender que la normativa aplicable a este caso no viene determinada por la fecha en que el solicitante presentó su instancia, que nadie discute que fue antes de que entrara en vigor la citada Orden, sino por el momento en que la Administración estuvo en condiciones de empezar a examinarla («cuando ha de empezar la actividad de la Administración», dice la Sentencia), no importando que, como en el presente caso se hace patente, entre uno y otro momento pueda transcurrir un tiempo que conlleve una consecuencia tan trascendente como el cambio de la norma que rige la solicitud, es un modo de interpretar y aplicar al caso la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1992 manifiestamente irrazonable y, en consecuencia, lesivo del derecho fundamental a obtener una resolución judicial motivada. Y es manifiestamente irrazonable, no porque la fecha a partir de la cual se cuenta el plazo que tiene la Administración para resolver, que es a lo que se refiere la citada norma, esté íntima y exclusivamente ligado desde un punto de vista lógico a la vinculación de la Administración a un plazo

máximo para resolver las solicitudes que le sean presentadas, cuestión ésta que puede requerir un cierto esfuerzo argumental, sino porque hacer depender la normativa aplicable, y por tanto la existencia de un derecho o el modo en que este derecho existe, de circunstancias que están completamente fuera del control del solicitante, como la mayor o menor celeridad del superior jerárquico remitente necesario de la solicitud, o incluso en manos de la propia Administración, como el funcionamiento más o menos ágil del servicio que materializa esa remisión, es irrazonable de un modo evidente para cualquier observador.

...

En fin, la interpretación y aplicación a este caso de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1992 que hace la Sentencia impugnada es, manifiestamente irrazonable, porque deja en manos de la Administración determinar la fecha del ingreso de una solicitud en sus registros y con ello la facultad de determinar también las normas aplicables dictadas en el interregno, dando lugar a su retroactividad, constitucionalmente prohibida ex art. 9.3 CE, cuando, como sucede en este caso, se trata de disposiciones restrictivas de derechos individuales, carácter que no puede negarse a la Orden Ministerial 229/2002, de 28 de octubre, ya que hasta su entrada en vigor, producida después de la presentación por el interesado de su solicitud de convalidación del título de farmacéutico especialista en análisis y control de medicamentos y drogas por el de la especialidad militar de análisis y control de medicamentos y drogas, no se exigía que dicha solicitud se realizara con ocasión de una convocatoria de plazas para las que se necesiten dichas convalidaciones.

En conclusión, al procederse a la aplicación retroactiva de aquella disposición ministerial restrictiva de su derecho a quien cursó la solicitud de convalidación del título con anterioridad a la entrada en vigor de aquella se ha lesionado el derecho fundamental del recurrente a obtener una resolución judicial motivada en Derecho y, en consecuencia procede que le otorguemos el amparo. Ahora bien, dado que sólo estimamos esta lesión y no las demás que el recurrente imputaba a la misma Sentencia impugnada y a las resoluciones administrativas que ella confirmaba, el otorgamiento del amparo no puede tener la extensión que el recurrente pedía, en concreto no puede comprender la anulación de la Resolución 453/15384/03 de la Dirección General de Reclutamiento y Enseñanza Militar, ni, mucho menos, y esto en ningún caso resultaría procedente, la declaración por este Tribunal de la convalidación del título de especialista militar de análisis y control de medicamentos y drogas. Ha de limitarse, por el contrario, a anular y dejar sin efecto

la Sentencia impugnada, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a dictar Sentencia para que el órgano judicial, con plenitud de jurisdicción, resuelva.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar parcialmente el amparo solicitado por don M. A. J. Y. y, en consecuencia:

1.º Declarar que se ha vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) del recurrente.

2.º Restablecerlo en la integridad de su derecho y, a tal fin, anular la Sentencia de 10 de noviembre de 2005 de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada en el procedimiento ordinario 766-2003, reponiendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictar sentencia para que se resuelva la cuestión planteada en dicho recurso contencioso-administrativo.

3.º Desestimar el recurso en todo lo demás.

COMENTARIOS

Presentada la solicitud de convalidación del título de farmacéutico «especialista en análisis y control de medicamentos y drogas», el 23 de octubre de 2002, por el conducto reglamentario de su jefe respectivo, en fecha que no estaba en vigor la Orden Ministerial 229/2002, de 28 de octubre.

La convalidación se efectuará con ocasión de la convocatoria de plazas para tal especialidad, según la O.M. citada, lo que con anterioridad no era exigible.

En teoría, es acertadísima la doctrina constitucional basada en la prohibición de la aplicación retroactiva de normas que restringen derechos, con lo que se vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

En la práctica, el cambio legislativo producido por la O.M. significa el dejar sin efecto trascendente en la práctica, en tanto no se publique una plaza para la especialidad concreta. La convalidación del título quedaría sin efecto; salvo la mención en la Hoja de Servicios del Oficial Farmacéutico.

Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 66/2010, de 18 octubre.

Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

DERECHO FUNDAMENTAL A OBTENER LA TUTELA EFECTIVA DE JUECES Y TRIBUNALES:

Motivación: pensión de viudedad: denegación basada en el carácter no retribuido de la prestación de servicios del esposo de la demandante durante más de siete años como militar de tropa: aplicación razonable del texto refundido de la Ley de derechos pasivos del personal militar y asimilado de 1972: vulneración inexistente. Recurso de amparo contra Sentencia de 14/06/2006, de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y frente a Sentencia de 20/09/2004 del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo por haber denegado a la demandante pensión de viudedad. Vulneración del derecho fundamental a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales: inexistencia: denegación de amparo.

I. HECHOS (Resumen)

La demandante solicitó pensión de viudedad alegando que su marido prestó servicios como militar de tropa durante más de siete años en el Ejército, donde ingresó de «forma absolutamente voluntaria» el 20 de agosto de 1938, hasta diciembre de 1945. Denegada por la Administración la pensión solicitada, el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 desestimó el recurso planteado, mediante la Sentencia 20 de septiembre de 2004, que fue confirmando en apelación por la Audiencia Nacional en Sentencia de 14 de junio de 2006.

...

El órgano judicial consideró que del art. 25 no es «posible extraer que el servicio militar obligatorio sea computable a los efectos que nos ocupan, lo que viene corroborado por el art. 4 del Decreto Legislativo 1211/1972, de 13 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de derechos pasivos del personal militar y asimilado de las Fuerzas Armadas, según el cual se entenderá por servicio activo al Estado el prestado efectivamente a éste en destino dotado con sueldo que figure detallado en los presupuestos

generales con cargo al personal». En definitiva, no es computable el tiempo de servicio militar obligatorio.

La Audiencia Nacional, al confirmar dicho criterio en apelación, entendió que «el debate procesal debe centrarse no tanto en la naturaleza obligatoria o voluntaria de la prestación controvertida (algo a lo que no se refiere literalmente el Decreto 1211/1972) como en el carácter funcionarial o no de la misma. La interpretación literal de los artículos 25 y 29 del precitado Decreto 1211/1972 no conduce a una solución clara, debiendo estarse a los principios generales que informan la legislación de clases pasivas. Pues bien, lo relevante no es si existió una prestación efectiva [art. 25 a)] sino si dicha prestación era retribuida (circunstancia a la que alude el art. 4 del propio Decreto 1211/1972, en su referencia al «destino dotado con sueldo»). La Sentencia apelada señala correctamente que «los servicios computables son los prestados con carácter remunerado». Según consta en el expediente, el fallecido se incorporó como voluntario el 5 de agosto de 1938, esto es, cuando contaba 18 años, siendo evidente que, dadas las circunstancias históricas (la movilización general ocasionada por el estallido de la guerra civil) y su edad, la naturaleza de la prestación controvertida no era de tipo funcionarial sino equivalente a la propia del servicio militar».

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO (Resumen)

...

Para el examen de la queja planteada en la demanda de amparo debemos recordar nuestra doctrina sobre la selección, aplicación e interpretación de las normas por los órganos judiciales y el margen de apreciación que corresponde a este Tribunal para corregir las decisiones judiciales en este ámbito.

En cuanto a la selección de la norma aplicable para resolver el caso, según hemos afirmado en numerosas ocasiones, «corresponde en exclusiva a la jurisdicción ordinaria de acuerdo con el art. 117.3 CE, de suerte que el control por parte de este Tribunal de la selección de la norma aplicable sólo podrá producirse, en términos generales, si se ha tratado de una decisión arbitraria, manifiestamente irrazonable o si ha sido fruto de un error patente». También se ha reiterado que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, comprendido en el art. 24. 1 CE, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos; que implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos o razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión (SSTC 158/1997,

de 18 de marzo y 25/2000, de 31 de enero); y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho (STC 147/1999, de 4 de agosto). La fundamentación en Derecho conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable ni incurra en un error patente, ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (por todas STC 325/2005, de 12 de diciembre).

...

Traslada la anterior doctrina al presente caso, se debe concluir que, frente a la solicitud de la pensión de viudedad por la recurrente, tanto la Administración como los órganos judiciales han rechazado tal petición explicando las razones de sus respectivas decisiones. En efecto, habiendo sustentado la demandante su pretensión en que su difunto esposo prestó servicios como militar de tropa durante más de siete años en el Ejército, en el que ingresó de «forma absolutamente voluntaria» el 20 de agosto de 1938, hasta diciembre de 1945, lo cierto es que las Sentencias, especialmente la dictada en apelación, además de realizar una justificación de la normativa aplicable que, desde la jurisprudencia constitucional, no merece reproche alguno, contestaron a lo solicitado afirmando que el debate debía centrarse, no tanto en la naturaleza obligatoria o voluntaria de la prestación, como en el carácter funcional o no de la misma. Por ello, se realizó una interpretación de los arts. 25 y 29 del Decreto 1211/1972, junto con los principios generales que informan la legislación de clases pasivas, concluyendo que lo relevante no era si existió una prestación efectiva, sino si dicha prestación era retribuida. La Sentencia de apelación señaló que consta en el expediente que el fallecido «se incorporó como voluntario el 5 de agosto de 1938, esto es, cuando contaba 18 años, siendo evidente que, dadas las circunstancias históricas (la movilización general ocasionada por el estallido de la guerra civil) y su edad, la naturaleza de la prestación controvertida no era de tipo funcional sino equivalente a la propia del servicio militar».

Por consiguiente y en definitiva, en la selección de la normativa aplicable no puede apreciarse lesión alguna del derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante, puesto que en las resoluciones impugnadas se razona, conforme a las exigencias constitucionales, por qué se ha aplicado el texto refundido de la Ley de derechos pasivos del personal militar y asimilado de 1972, sin que tenga relevancia constitucional que la interpretación de dicha norma haya sido contraria al interés de la recurrente, pues la argumentación empleada, como han manifestado el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, nada tiene de arbitraria o de irrazonable, ni está incurso en error patente; por todo lo cual, no puede apreciarse ninguna lesión del art. 24.1 CE.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado por doña T. V. P.

COMENTARIOS

La pensión de viudedad denegada, en origen por órganos del Ministerio de Defensa, parte del hecho de que el haber prestado al servicio militar obligatorio no es compatible a efectos de servicios al Estado. Acertadamente la jurisdicción contencioso-administrativa interpretó el Real Decreto 1211/1972 al confirmar la denegación de pensión de viudedad, a quien realizó el servicio de las armas desde 1938, época de movilización general.

Se realizó la tutela judicial efectiva, ya que la denegación de la pensión, como afirma naturalmente el TIC, nada tiene de arbitraria, ni de irracional, ni está incurso en error.

Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 73/2010, de 18 octubre

Ponente: D^a. Elisa Pérez Vera.

FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO:

Guardia Civil: régimen disciplinario: arresto domiciliario y arresto en establecimiento disciplinario militar: arts. 10.1 y 10.2 de la LO11/1991, de 17 junio: sanción impuesta por una infracción cometida en el desempeño de funciones militares por la administración militar en resolución sancionadora motivada: constitucionalidad. CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD PROMOVIDA POR JUECES Y TRIBUNALES: Objeto: efectos de la modificación, derogación o inconstitucionalidad sobrevenida de la norma cuestionada: modificación: no determina la pérdida sobrevenida del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad: posible aplicación de la norma modificada en el proceso «a quo».

I. HECHOS (Resumen)

Mediante providencia de 9 de diciembre de 2008, el Pleno de este Tribunal acordó tener por planteada por la Sala Segunda la presente cuestión interna de inconstitucionalidad en relación con el art. 10.1 y 2 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, por posible vulneración del art. 25.3 CE; asimismo, en virtud del art. 10.1.c) LOTC en su redacción vigente dada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, acordó deferir a dicha Sala Segunda el conocimiento de la presente cuestión. También decidió, conforme al art. 37.3 LOTC, dar traslado de las actuaciones al Congreso de los Diputados, al Senado, al Gobierno y al Fiscal General del Estado, para que en el plazo de quince días se personaran y presentaran las oportunas alegaciones. Por último, se acordó comunicar a la Sala Segunda de este Tribunal la citada providencia para que, de conformidad con el art. 35.3 LOTC, permanezca suspendido el recurso de amparo núm. 6925/2004 origen de la presente cuestión, hasta que ésta sea resuelta por el Tribunal.

...

El Abogado del Estado presentó su escrito de alegaciones el 7 de enero de 2009, solicitando la desestimación de la presente cuestión. Comienza recordando que las sanciones de arresto previstas en el precepto cuestionado han sido eliminadas a través de la nueva Ley Orgánica 12/2007 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, cuya aplicación retroactiva en lo que fuera más favorable que la derogada de 1991, minimiza el interés práctico de una eventual declaración de inconstitucionalidad del artículo.

Estima que la diferenciación llevada a cabo por la nueva Ley Orgánica 12/2007, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, limitando las sanciones de arresto para aquellos casos en los que la Guardia Civil realiza misiones de carácter militar o cuando personal de dicho cuerpo se integre en unidades militares, obedece no tanto a motivos constitucionales sino a la evolución y modernización de la Administración Pública española. Analiza el régimen disciplinario establecido por la Ley de 1991 y argumenta que dicha norma establecía el doble carácter, militar y civil, de la Guardia Civil, lo que no implica que las normas disciplinarias específicamente militares como la sanción de arresto debieran ser eliminadas. Además, pone de relieve que en el concreto caso del amparo del que trae causa la presente cuestión, no cabe duda de que la sanción fue impuesta por mandos militares y que recayó por una actitud de insubordinación abierta del sancionado; en definitiva no aprecia el Abogado del Estado la inconstitucionalidad planteada.

...

El Fiscal General del Estado presentó sus alegaciones mediante escrito de 29 de enero de 2009 solicitando la estimación de la presente cuestión de inconstitucionalidad. Inicia su argumentación analizando el art. 25.3 CE que, interpretado a sensu contrario, permite las sanciones privativas de libertad que sean impuestas por la Administración militar. Recuerda la naturaleza mixta de la institución de la Guardia Civil, y considera que no es función del Tribunal Constitucional dilucidar qué actos del citado Cuerpo son de naturaleza civil o militar para poder juzgar la inconstitucionalidad de la sanción de privación de libertad que estamos analizando, sino que, a su juicio, el punto nuclear de la cuestión es determinar cuál es la verdadera naturaleza de la Guardia Civil, ya que no es «posible que el guardia civil sea sancionado por un acto no militar por una Administración Civil con una sanción de privación de libertad».

Señala que España formuló una reserva a preceptos del CEDH, en relación con el régimen disciplinario de las fuerzas armadas, precisamente para que a los arrestos previstos en dicho régimen no le fuera aplicable el art. 5 CEDH relativo a la necesaria participación de un Tribunal judicial para poder imponer este tipo de sanciones. El régimen disciplinario de la Guardia Civil, en origen estaba previsto, al igual que el de las Fuerzas armadas, en el Código de Justicia Militar; posteriormente, el Estado insistió en la reserva al aprobarse la Ley 12/1985 sobre el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, en cuya normativa todavía se incluía el régimen disciplinario de la Guardia Civil.

Sin embargo, recuerda el Fiscal General del Estado, que la Ley 11/91, cuyo art. 10 ahora se cuestiona, estableció separadamente de las Fuerzas Armadas, y específicamente para la Guardia Civil, un nuevo régimen disciplinario. En esta ocasión el Estado no formuló o actualizó la reserva antes señalada al art. 5 del CEDH, por lo que, en su opinión, no cabe extender los efectos de la reserva efectuada en su día a la nueva regulación de 1991.

...

Concluye el Fiscal General del Estado afirmando que, «aun reconociendo el carácter militar de la Guardia Civil con una estructura militar y en el que los principios de jerarquía, subordinación, y restablecimiento pronto del orden perturbado por la infracción, siguen siendo trascendentes, se debe entender que junto a tal carácter, la Guardia Civil opera bajo la dependencia también del Ministerio del Interior realizando su labor genuina de investigación y prevención del delito, funciones de auxilio a Jueces y Tribunales así como al Ministerio Fiscal en tareas próximas, cuando no iguales a otras Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado misiones que no pueden estric-

tamente calificarse de militares. Es por ello por lo que la responsabilidad disciplinaria en que pueden incurrir lo sería por realización de funciones no militares. En su exigencia por tanto, si la Administración sancionara a aquellos miembros con penas privativas de libertad estaría situándose extramuros del art. 25.3 de la CE que impide a la Administración Civil imponer sanciones que directa o indirectamente impliquen privación de libertad».

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO (Resumen)

...

Como ha quedado expuesto en los antecedentes, el Abogado del Estado solicita la desestimación de la presente cuestión, defendiendo la constitucionalidad del precepto cuestionado; además, recuerda que las sanciones de arresto previstas en el precepto cuestionado han sido eliminadas a través de la nueva Ley Orgánica 12/2007, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. Analiza el régimen disciplinario establecido por la Ley de 1991 y argumenta que dicha norma establecía el doble carácter, militar y civil, de la Guardia Civil, lo que no implica que las normas disciplinarias específicamente militares como la sanción de arresto debieran ser eliminadas.

Por su parte, el Fiscal General del Estado, en sus alegaciones, ha considerado que la pena de arresto que se introducía en el art. 10.1 y 2, aquí cuestionados, venía ligada a la naturaleza militar de la infracción, de acuerdo con el art. 25.3 CE. Ésta sería la razón, a su juicio, por la que en ambos preceptos se contemplan alternativas a la imposición de la pena privativa de libertad cuales son la reprensión y la pérdida de haberes para el supuesto de comisión de faltas leves y la pérdida de haberes y de destino para las faltas graves, ofreciendo al aplicador de la norma una alternativa, en principio menos gravosa, que podría corresponderse con infracciones de naturaleza no militar como las cometidas por los miembros de la Guardia Civil en su condición de miembros de la policía judicial bajo la dependencia del Ministerio del Interior, realizando su labor de investigación y prevención del delito y funciones de auxilio a Jueces y Tribunales, así como al Ministerio Fiscal, en tareas similares a las realizadas por otras Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, misiones que no pueden estrictamente calificarse de militares. Por ello, se solicita la estimación de la presente cuestión.

...

Los términos de la regulación cuestionada determinan que hayamos de precisar qué naturaleza presenta la sanción de arresto contemplada en el art. 10.1 y 2 de la Ley Orgánica 11/1991, así como, en atención al do-

ble carácter de las funciones que puede desempeñar la Guardia Civil, la naturaleza de dicho instituto, ya que puede resultar relevante a la hora de llevar a cabo el juicio de constitucionalidad del precepto cuestionado, en la medida en que de ella depende su exclusión o no de la prohibición que el art. 25.3 CE dirige a la Administración civil para imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.

Por lo que se refiere al primer aspecto, hemos señalado reiteradamente que la sanción de arresto domiciliario no es una simple restricción de la libertad, sino una verdadera privación de aquélla (entre otras, SSTC 31/1985, de 5 de marzo, y 14/1999, de 22 de febrero), pues entre la libertad y la detención no existen zonas intermedias (STC 61/1995, de 19 de marzo). Y ese carácter de sanción privativa de libertad no lo pierde ni siquiera en el caso de que se imponga sin perjuicio del servicio, porque la persona no recupera su situación de libertad porque se le autorice a acudir a su trabajo habitual, ya que, como dijimos en la STC 56/1997, de 17 de marzo, «es algo que se compadece con dificultad con los presupuestos de un orden político que se comprende a sí mismo como un régimen de libertades (art. 10.1 CE)». Si esto es así en relación con el arresto domiciliario, tanto más debe serlo en cuanto al que tiene lugar en establecimiento disciplinario.

En relación con el otro aspecto, hay que partir de que la Guardia Civil, como ha recogido tradicionalmente su normativa, se ha caracterizado por la naturaleza «mixta» de sus funciones, habiéndosele encomendado históricamente al citado Cuerpo funciones, tanto de naturaleza militar, como otras estrictamente policiales. Asimismo, su dependencia administrativa ha sido dual, dependiendo del Ministerio del Interior en ejercicio de las funciones policiales y del Ministerio de Defensa cuando llevan a cabo misiones de carácter militar, según prevé el art. 9 b) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Este doble carácter queda recogido en dicha Ley, cuyo Preámbulo, no obstante, centra la actuación del instituto en el ejercicio de funciones propiamente policiales de mantenimiento del orden y de la seguridad pública, «sin perjuicio de realizar en determinadas circunstancias misiones de carácter militar», asignándole como su auténtica misión en la sociedad actual la «garantía del libre ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución y la protección de la seguridad ciudadana», todo ello dentro del conjunto de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Esta situación se prolonga hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, norma que supuso un primer paso esencial para poder establecer un régimen disciplinario propio de los miembros de la Guardia Civil, consolidándose lo que ya se había apuntado por el legislador en la Ley Orgánica 2/1986:

que la Guardia Civil, definida como instituto armado de naturaleza militar, por las funciones que realiza se integraba en las Fuerzas de Seguridad del Estado (art. 9 de la Ley Orgánica 2/1986), teniendo la consideración de fuerza armada únicamente, de manera excepcional, en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que se le encomienden (art. 7.3 de la Ley Orgánica 2/1986). Esta definición de la Guardia civil como cuerpo perteneciente a las Fuerzas de Seguridad del Estado, se plasma también en la Ley Orgánica 11/1991 que, si bien contempla la dependencia del Ministerio de Defensa para el desempeño de funciones militares, establece la dependencia del Ministerio del Interior en el desarrollo de las funciones policiales. En suma, la citada Ley Orgánica 11/1991, desglosó el régimen disciplinario de la Guardia Civil del de las Fuerzas Armadas separando, definitivamente, la normativa disciplinaria de aquel instituto armado.

La Ley Orgánica 12/2007 da un paso más en esta línea, pues regula el régimen disciplinario específico de la Guardia Civil en su condición de Fuerza de Seguridad del Estado, mientras que en las actuaciones de carácter militar que pueda desempeñar, la somete al régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, como queda establecido en su disposición adicional sexta, que da nueva redacción al art. 15.1 de la Ley Orgánica 2/1986.

Fundamento Jurídico Quinto

Llegados a este punto, ya estamos en situación de determinar si es conforme al art. 25.3 CE que los miembros de la Guardia Civil en el desempeño de funciones no militares puedan ser sancionados con arresto. En efecto, la singularidad de la potestad disciplinaria de la Administración militar tiene reconocimiento constitucional en el propio art. 25.3 (STC 74/2004, de 22 de abril), ya que, en ese ámbito, el valor primordial que la subordinación jerárquica y la disciplina tienen hace que el procedimiento disciplinario no pueda quedar sometido a las garantías procesales generalmente reconocidas para los procedimientos judiciales, pues su razón de ser reside en la prontitud y rapidez de la reacción frente a las infracciones de la disciplina militar (SSTC 21/1981, de 15 de junio; y 44/1983, de 24 de mayo). En esta misma línea, hemos recordado la imposibilidad de aplicar en tal contexto (en virtud de la remisión del art. 10.2 CE) las garantías de los arts. 5 y 6 CEDH, pues España, al ratificar dicho Convenio, y de conformidad con el art. 64 del mismo, se ha reservado la aplicación de tales preceptos en la medida en que fueran incompatibles con las disposiciones que, en relación con el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, se contienen en el Código de

Justicia Militar (STC 21/1981, F. 10), y, posteriormente, en la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (de acuerdo con la modificación de la reserva, de 24 de septiembre de 1986). También hemos dicho que, a pesar de ello, no puede extraerse la conclusión de que los procedimientos militares disciplinarios puedan moverse absolutamente al margen de toda garantía constitucional, pues, como ya expusimos anteriormente al referirnos a la previsión del art. 25.3 CE, el régimen de dichos procedimientos ha de incorporar una serie de valores y principios de alcance universal, que han sido asumidos constitucionalmente y deben informar todo nuestro Ordenamiento jurídico.

Por otra parte, la inicial exclusión de las garantías de los arts. 5 y 6 CEDH debe ser actualmente objeto de matización en relación con el régimen disciplinario de la Guardia Civil contenido en la Ley Orgánica 11/1991, merced a la interpretación realizada por el TEDH sobre la reserva formulada por España en cuanto a la aplicación de dichos preceptos, órgano que, como tenemos dicho, es el competente para interpretar y aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos (STC 21/1981, F. 9). En efecto, en la STEDH de 2 de noviembre de 2006 (caso Dacosta Silva c. España) se advierte que el objeto de la reserva española era el régimen disciplinario de las fuerzas armadas, regido por el Código de Justicia Militar vigente en el momento de la reserva y, posteriormente, por la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, que España comunicó al Consejo de Europa en 1986, por lo que difícilmente puede sostenerse que la reserva española sea aplicable a una norma posterior, como es la Ley Orgánica 11/1991, que tiene por particular objeto el régimen disciplinario de la Guardia Civil, en tanto que régimen específico y, en consecuencia, diferente del aplicable a las fuerzas armadas. En concreto, el TEDH recuerda que la reserva había y ha tenido siempre por objeto el «régimen disciplinario de las fuerzas armadas», y que si desde 1991 la Guardia Civil, como «fuerza y cuerpo de seguridad del Estado» y no como «fuerza armada», tiene por imperativo legal (recordado por la doctrina de este Tribunal) un régimen disciplinario específico, distinto del de las fuerzas armadas, y regido por una Ley Orgánica propia, «la reserva no puede en consecuencia extenderse a una norma que tiene por finalidad una segregación del objeto reflejado en la reserva», pues es una pretensión contraria al CEDH que no puede ser aceptada (§ 37).

Como consecuencia de lo anterior, y de acuerdo con la previsión del art. 10.2 CE, en consonancia con lo que dispone el art. 25.3 CE, el procedimiento disciplinario aplicable a la Guardia Civil, en su consideración de Fuerza de Seguridad del Estado (esto es, fuera de su actuación como fuerza armada), ha de quedar sujeto a las determinaciones de los arts. 5

y 6 CEDH, y, en concreto, en lo que aquí nos interesa, a la del art. 5.1 a), conforme al cual, la privación de libertad ha de derivar de una sentencia judicial, debiendo ser impuesta por un Tribunal competente que goce de independencia con respecto a la Administración y en un procedimiento seguido con las debidas garantías.

Pues bien, la interpretación del art. 10.1 y 2 de la Ley Orgánica 11/1991 ha de partir de estas premisas, conforme a las cuales, podemos llegar a la conclusión de que el art. 25.3 CE no permite a las autoridades o mandos de la Guardia Civil a que se refiere el art. 19 de la Ley Orgánica 11/1991 imponer sanciones que impliquen privación de libertad cuando se trate de actuaciones desarrolladas dentro del ámbito de las funciones policiales que la Ley les encomienda. O dicho de otro modo, el art. 25.3 CE no permite, a la luz de la singular configuración de la Guardia Civil que, previendo el art. 10.1 y 2 de la Ley Orgánica 11/1991 para la misma categoría de infracciones sanciones de diferente naturaleza jurídica que pueden ser de contenido económico, referidas a la carrera de los sancionados, y otras privativas de libertad, se imponga una sanción de arresto sin que haya quedado acreditado y motivado en la resolución sancionadora que la infracción ha sido cometida en el ejercicio de una función militar.

En definitiva, para que la previsión legal cuestionada de una sanción privativa de libertad pueda ampararse en el art. 25.3 CE, debe quedar acreditado que la sanción de arresto ha sido impuesta por la administración militar, no solamente en sentido formal, sino en sentido material, es decir, siempre y cuando la actuación objeto de sanción se haya desenvuelto estrictamente en el ejercicio de funciones materialmente calificables como militares y no en el ámbito propio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Por tanto, debemos concluir que el art. 10.1 y 2 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, sólo resulta acorde con la Constitución si se interpreta en el sentido de que la imposición de las sanciones privativas de libertad (según el procedimiento previsto en la Ley) procede cuando la infracción ha sido cometida en una actuación estrictamente militar y así se motive en la resolución sancionadora.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Declarar que el art. 10.1 y 2 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio (RCL 1991, 1540), de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, no es inconstitucional interpretado en los términos establecidos en el Fundamento Jurídico Quinto de esta Sentencia.

COMENTARIOS

Cuestión interna de inconstitucionalidad sobre la Ley Orgánica 11/1991, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, derivada de una sanción de privación de libertad a un Guardia Civil.

La Convención Europea de los Derechos Humanos (CDEH), no fue objeto de reserva, sobre la posibilidad de sanciones privativas de libertad, en la Ley 11/91, como lo fue ante la Ley 12/85, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, en las que estaban incluidos los miembros de la Guardia Civil, luego no puede sancionarse con privación de libertad a la Guardia Civil. La aplicación de la sanción privativa de Libertad al Guardia Civil, sería inconstitucional por contraria al artículo 25 de la CE, en relación con la CEDH.

Discrepo de la sentencia transcrita, ya que es incluso sumamente discutible, por no estar expresados por la reserva de la CEDH, la validez de las sanciones privativas de libertad en acciones militares, ajenas al Ministerio del Interior y Fuerzas Policiales, es decir, tampoco en actuaciones estrictamente militares y así motivadas en la resolución sancionadora, ya que la inexistencia de reserva a la ley 11/91, es incuestionable.

Tribunal Constitucional (Sala Segunda), Sentencia núm. 97/2010), de 15 noviembre.

Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas.

DERECHO FUNDAMENTAL A OBTENER LA TUTELA EFECTIVA DE JUECES Y TRIBUNALES:

Prescripción: causa extintiva de la responsabilidad criminal: cuestión de legalidad ordinaria: su aplicación al caso concreto puede ser objeto de examen constitucional en sede de amparo: el canon aplicable es la razonabilidad de la decisión judicial y la exteriorización de la misma, de manera que sea

posible apreciar un nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican la institución; Jurisdicción y proceso militar: delito de desobediencia: solicitud de no ejecución de pena por estar prescrita: desestimación por considerar causas interruptivas del plazo de prescripción la suspensión de la ejecución de la pena durante la tramitación de una solicitud de indulto y de un recurso de amparo: interpretación inadecuada de los preceptos legales aplicables: criterio interpretativo que no satisface el canon de motivación reforzada: violación existente. Recurso de amparo contra el Auto de 18/12/2009 de la Sala de lo Penal del Tribunal Militar Territorial Cuarto, confirmado en súplica por Auto de 15/01/2010, por el que se acuerda continuar con la ejecución de la pena impuesta al demandante por la Sentencia de 09/04/2001 de la Sala Quinta del Tribunal Supremo como autor de un delito de desobediencia. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el derecho a la libertad y con el derecho a la legalidad penal: existencia: otorgamiento de amparo.

I. HECHOS (Resumen)

La Sala de lo Penal del Tribunal Militar Territorial Cuarto dictó Sentencia de fecha 21 de enero de 2000 en el sumario núm. 42/03/97, en la que condenó al demandante de amparo, como autor del subtipo agravado de un delito de desobediencia del art. 102.2 CPM (Código Penal militar), a la pena de prisión de dieciocho meses, con las accesorias legales de suspensión de empleo y cargo público, así como del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

La Sala Quinta del Tribunal Supremo dictó Sentencia de fecha 9 de abril de 2001, en la que, estimado parcialmente el recurso de casación interpuesto por el demandante de amparo, le condenó, como autor consumado de un delito de desobediencia del art. 102, párrafo primero, CPM, a la pena de nueve meses de prisión, con las accesorias legales de suspensión de empleo y cargo público, así como del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

El demandante de amparo, mediante escrito de fecha 15 de enero de 2002, solicitó la concesión de indulto, siendo suspendida la ejecución de la pena por Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Militar Territorial Cuarto, de 18 de febrero de 2002.

Por Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de septiembre de 2002 fue denegado el indulto.

El ahora demandante interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional contra la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, de 9 de abril de 2001.

El Tribunal Constitucional, por Auto de 18 de diciembre de 2002, acordó suspender la ejecución de la pena impuesta, en tanto no se resolviera el recurso de amparo. Por Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Militar Territorial Cuarto, de 19 de diciembre de 2002, se acordó la suspensión de la ejecución de la pena.

Por Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de diciembre de 2005 se denegó el amparo solicitado.

La Sala de lo Penal del Tribunal Militar Territorial Cuarto, por providencia de 10 de diciembre de 2009, confirió al demandante de amparo un plazo de tres días para que alegase lo que estimare oportuno sobre la prescripción de la pena impuesta.

Evacuado el trámite de alegaciones conferido, la Sala, por Auto de 18 de diciembre de 2009, acordó continuar con la ejecución de la pena impuesta al demandante de amparo al no estar prescrita.

El demandante de amparo interpuso recurso de súplica contra el anterior Auto, que fue desestimado por Auto de 15 de enero de 2010.

...

En la fundamentación jurídica de la demanda se invoca, frente a las resoluciones judiciales recurridas, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a la libertad (art. 17.1 CE) y con el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

Tras referirse, con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la doctrina del Tribunal Constitucional, al fundamento constitucional de la prescripción y al canon aplicable a las decisiones judiciales dictadas en la materia, se afirma en la demanda que el art. 46 CPM únicamente regula los plazos de prescripción de las penas, lo que hace necesario acudir al art. 134 del Código Penal (CP), que no menciona posibles causas de interrupción o suspensión de la prescripción, con la excepción del quebrantamiento de condena. Por su parte el art. 371 de la Ley procesal militar dispone que habrá de cumplirse la pena remitida condicionalmente, salvo que hubiera prescrito, si durante el tiempo de suspensión el reo cometiese nuevo delito doloso. Se colige de ello, *a sensu contrario*, que la suspensión del cumplimiento de la pena por remisión condicional no interrumpe ni suspende el plazo de prescripción. Nada más se establece en nuestro Ordenamiento sobre el cómputo de los plazos de prescripción de la pena.

...

En la demanda se disiente de la argumentación expuesta, ya que el art. 134 CP sólo establece el *dies a quo* del cómputo del plazo de la prescripción, no previendo ninguna causa ni motivo de interrupción o suspensión de la misma, de modo que no pueden crearse por los Tribunales, so pena de vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, causas de interrupción de la prescripción no contempladas legalmente. Es más, aun cuando no se incurriese en una interpretación irrazonable o arbitraria de las normas que regulan dicho instituto, la consecuencia sería la misma, esto es, su inconstitucionalidad, ya que la dicción del art. 134 CP excluye cualquier causa de interrupción de la prescripción de la pena y la extensión analógica que efectúan los Tribunales es claramente perjudicial para el reo.

El Tribunal Militar Territorial Cuarto no se limita a extender al instituto de la prescripción de la pena la causa y los efectos de la interrupción del delito regulados en el art. 132 CP, sino que crea nuevas causas de interrupción de la prescripción no previstas legalmente (como son la suspensión de la pena durante la tramitación del recurso de amparo o del indulto) y les anuda los efectos establecidos para la única causa de interrupción de la prescripción del delito. Este proceder vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues falta el nexo lógico entre la norma y la decisión adoptada.

Es cierto que en los supuestos a los que el órgano judicial otorga eficacia interruptiva (tramitación del indulto y del recurso de amparo) existe una norma que faculta al Tribunal competente para ejecutar la pena y para resolver el amparo para suspender su ejecución. No se anuda sin embargo a dicha suspensión en las normas que regulan las materias (arts. 4.4 CP y 56 LOTC) el efecto que se le confiere en las resoluciones recurridas, esto es, interrupción de la prescripción de la pena. No es ésta una consecuencia prevista legalmente, ni tampoco se desprende del tenor literal de aquellos preceptos, por lo que su aplicación en este ámbito de la prescripción de las penas no supera el canon de constitucionalidad reforzado. Además la motivación expuesta choca frontalmente con los fines que justifican la institución de la prescripción de la pena (STC 63/2005), generando una situación contraria a dichos fines, ya que durante el período en que supuestamente estaría interrumpida la prescripción de la pena (durante la tramitación del indulto o del recurso de amparo), lapso que puede ser muy prolongado, no operaría ni la prescripción del delito (al existir una Sentencia firme) ni la de la pena (dado que el plazo comenzaría nuevamente a correr cuando se resolviesen esos procedimientos).

...

Ninguna causa de la interrupción de la prescripción de la pena se prevé en el Código Penal vigente, a diferencia de lo que sucedía en el derogado.

Los órganos judiciales no pueden convertirse en legislador e incorporar a nuestro ordenamiento causas de la prescripción no contempladas en el mismo. En este sentido la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Militar Territorial Cuarto constituye una exégesis extensiva contra reo. El modo de cubrir lo que los Tribunales consideran un vacío normativo sería recurrir al mecanismo del art. 4.2 CP, instando al legislador a yugular esa supuesta anomia, no pudiendo, entretanto no se regulen de forma expresa las causas de la interrupción de la prescripción de la pena, hollar el principio de legalidad penal. Tampoco cabe que se haga extensiva contra reo la regulación que en el CP se contiene de la prescripción de los delitos. En definitiva, la normativa legal no contempla causas o motivos de la interrupción de la pena, por lo que a los Tribunales les está vedado, so pena de hollar el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), efectuar interpretaciones *praeter legem* y contra el reo.

...

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, por ATC 59/2010, de 25 de mayo, acordó suspender la ejecución del Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Militar Territorial Cuarto, de 15 de enero de 2010, dictado en la ejecutoria núm. 63-2001, en lo que se refiere a la pena privativa de libertad impuesta y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo.

El Ministerio Fiscal evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 22 de julio de 2010, que, en lo sustancial, a continuación se resume.

Tras reproducir parcialmente la doctrina constitucional sobre la prescripción recogida en las SSTC 206/2009, 63/2005 y del ATC 15/2009, el Ministerio Fiscal sostiene que en este caso el Tribunal Militar Territorial Cuarto se ha limitado, frente a lo que se afirma en la demanda, a tomar en consideración preceptos tanto del CP como de la LOTC, que han sido aplicados en la ejecución de la pena de que se trata y, además, a instancia del recurrente en amparo. Éste solicitó primero el indulto al Gobierno e instó al Tribunal competente de la ejecución la suspensión de la pena durante su tramitación, en aplicación del art. 4.4 CP, a lo que accedió el órgano judicial. Además interpuso recurso de amparo interesando que se suspendiera la ejecución de la condena penal, lo que acordó este Tribunal Constitucional, en virtud de lo dispuesto en el art. 56 LOTC. En suma, a instancia del recurrente se ha tramitado un expediente de indulto y un proceso de amparo constitucional, durante cuyo decurso la ejecución de la condena penal ha estado suspendida por preverlo así normas de derecho material y procesal.

...

Es más, aun cuando en la tramitación del indulto en un hipotético alargamiento de la misma el Tribunal ejecutor tiene facultades para dejar sin efecto la suspensión a fin de evitar la prescripción de la pena, en el supuesto de la tramitación de un recurso de amparo carece de toda posibilidad legal de dejar sin efecto la suspensión acordada por el Tribunal Constitucional.

El Tribunal Militar Territorial Cuarto, en aplicación de una jurisprudencia abundantemente mayoritaria, ha interpretado que las incidencias procesales habidas en la ejecución de la pena, que por imperativo legal han determinado la imposibilidad legal de su ejecución, tienen efecto interruptivo de la prescripción de la misma, porque son incidencias que han sido instadas por el ahora demandante. Por consiguiente su postura de pretender además la prescripción por falta de ejecución la ha considerado contraria a la buena fe procesal, porque, de haber culminado con éxito alguna de las vías emprendidas, la pena impuesta podría haber sido, ya reducida, ya dejada sin efecto, esto es, porque se está en presencia de trámites procesales que podrían modular la condena impuesta.

A juicio del Ministerio Fiscal las resoluciones judiciales recurridas superan el canon del art. 24.1 CE, ya que están basadas en una interpretación razonada de los preceptos legales de aplicación. También superan el canon de la motivación reforzada exigible en estos supuestos, puesto que en este caso no ha habido una renuncia al ejercicio del poder punitivo por el órgano judicial encargado de la ejecución mediante una inactividad procesal que se haya extendido durante un determinado período de tiempo, ni ha habido omisión judicial impeditiva del ejercicio del poder punitivo del Estado, que es el fundamento último de la prescripción, sino imposibilidad de prosecución de dicha ejecución, de cualquier actuación judicial. Por estar así previsto legalmente, el Tribunal no podía, como lo hizo después de la denegación del amparo, y tras la rebeldía del recurrente, ordenar las pertinentes gestiones para su localización y cumplimiento de la pena.

Por lo demás, atribuir a los supuestos legales de suspensión de la ejecución los efectos interruptivos de la prescripción, esto es, que vuelvan a reanudarse los plazos íntegros, es atribuir los efectos que a la interrupción de la prescripción otorga, en general, el Ordenamiento jurídico y que también se producen en los casos contemplados en el art. 134 CP en que, iniciado el período de prescripción, el penado es hallado y empieza a extinguir la condena que ulteriormente quebranta, reanudándose íntegramente el plazo de prescripción. Lo que, en opinión del Ministerio Fiscal, tampoco merece reproche constitucional alguno.

Se trata en suma de una interpretación armónica de la legislación aplicable que tiende a facilitar que los penados insten cuantos expedientes per-

mite la Ley para que se reconsidere la pena impuesta y que puede sufrir modificaciones para ellos favorables y de impedir que con su tramitación se tornen inejecutables. Dicho modo de razonar no se aparta del tenor literal de los preceptos, se acomoda a criterios de interpretación aceptados por la comunidad jurídica y que son seguidos de forma casi unánime por la jurisprudencia.

El Ministerio Fiscal concluye su escrito de alegaciones interesando del Tribunal Constitucional que dicte Sentencia denegando el amparo solicitado.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO (RESUMEN)

La presente demanda de amparo tiene por objeto la impugnación del Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Militar Territorial Cuarto, de 18 de diciembre de 2009, confirmado en súplica por Auto de 15 de enero de 2010, por el que se acuerda, al no estar prescrita, continuar la ejecución de la pena impuesta al recurrente en amparo por Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo 9 de abril de 2001, como autor de un delito de desobediencia [art. 102, párrafo primero, del Código Penal militar (CPM)].

...

Así pues la cuestión suscitada por la presente demanda de amparo se contrae a determinar si ha resultado vulnerado o no el derecho del recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a la libertad (art. 17.1 CE) y con el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), al no haber estimado el órgano judicial prescrita la pena que le ha sido impuesta por considerar interrumpido el plazo de prescripción de la misma como consecuencia de la suspensión de su ejecución durante la tramitación de una solicitud de indulto y durante la posterior tramitación de un recurso de amparo.

Procede, por tanto, traer a colación, a fin de enjuiciar la cuestión planteada, la doctrina constitucional sentada por este Tribunal acerca del alcance del control externo que nos corresponde ejercer sobre las resoluciones judiciales dictadas en materia de prescripción penal. Doctrina que, si bien ha sido elaborada en relación con la prescripción de las infracciones penales, resulta de aplicación, con los matices correspondientes, a la prescripción de la pena.

...

La Sala de lo Penal del Tribunal Militar Territorial Cuarto acordó por providencia de 10 de febrero de 2006 la continuación de la ejecución del

sumario núm. 42/03/97, decretando por Auto de 24 de marzo de 2006 la detención del demandante de amparo al no haber podido ser localizado, siendo declarado en rebeldía por Auto de 5 de octubre de 2006. Abierto incidente relativo a la prescripción de la pena, en el que formularon alegaciones el Ministerio Fiscal y el ahora recurrente en amparo, la Sala, por Auto de 18 de diciembre de 2009, acordó continuar la ejecución de la pena impuesta al no estar prescrita.

En la fundamentación jurídica de dicho Auto la Sala comienza señalando que en este caso el plazo de la prescripción de la pena impuesta es de cinco años, de conformidad con el art. 46 CPM, y que, al limitarse este precepto a fijar los plazos de prescripción de las penas, resulta de aplicación el Código Penal común, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 5 CPM. A continuación, tras reproducir el contenido de los arts. 133 y 134 CP, referidos a la prescripción de la pena, la Sala razona que, a pesar de que el CP sólo contempla la posibilidad de interrupción de la prescripción en relación con la prescripción del delito y no la prevé expresamente en relación con la prescripción de la pena, sí recoge supuestos específicos de suspensión de la ejecución de la pena (arts. 4.4 y 80 CP), al igual que el art. 56 LOTC, que permite la suspensión de la ejecución del acto impugnado durante la tramitación del recurso de amparo. En este sentido la jurisprudencia, con base en dichas previsiones, «viene concediendo efectos paralizadores a dichas instituciones jurídicas que, por su propia naturaleza, suspenden la ejecución de la pena» (fundamento jurídico primero). En definitiva, se argumenta en el Auto, «la prescripción, por su propia naturaleza, admite la interrupción, y aunque para la prescripción de la pena no se hayan previsto causas concretas de interrupción, existen actuaciones procesales con aptitud para interrumpir el plazo de prescripción (así es admitido de forma pacífica por la jurisprudencia). No debe hacerse, por tanto, una interpretación tan literal de entenderse prescrita la pena de forma automática una vez transcurrido el tiempo previsto a partir de la firmeza de la sentencia, sino que cuando se estén practicando actuaciones procesales respecto del culpable de las que llevan aparejadas la suspensión de la ejecución de la pena, se producirá la paralización de la prescripción de la pena, comenzando de nuevo el término desde que se removiera la causa interruptiva» (fundamento jurídico segundo). Vuelve a insistir la Sala en los efectos de la interrupción de la pena en los términos ya expuestos, señalando que en cuanto a la cuestión sobre «si la suspensión que llevó aparejada tanto la petición de indulto como la interposición del recurso de amparo interrumpe o suspende únicamente el plazo de prescripción de la pena, distintas sentencias se decantan por el efecto interruptivo, debiendo comenzar de nuevo a correr el término de

la prescripción», de modo que «una vez interrumpido el plazo y habiendo cesado las causas que motivaron la interrupción comienza a correr de nuevo el plazo de prescripción, quedando sin efecto el tiempo transcurrido» (fundamento jurídico cuarto).

La Sala estima con base en la doctrina expuesta que la pena impuesta al recurrente en amparo no ha prescrito, pues durante la tramitación de la solicitud de indulto y del recurso de amparo «quedaron paralizados los efectos de la prescripción de la pena por sendas resoluciones judiciales desde el momento en que éstas fueron dictadas, iniciándose un nuevo cómputo en el momento en que fueron resueltos los incidentes que las ocasionaron, es decir, en el primer caso, desde que se denegó el indulto y, en el segundo caso, desde que se denegó el amparo. Siendo éste el último en el tiempo, sería la fecha de 20 de diciembre de 2005 la que marcaría el inicio del cómputo de un nuevo plazo de prescripción, no habiéndose producido, desde entonces, ninguna actuación procesal susceptible de interrupción del mismo, por lo que debe entenderse que la pena impuesta a don J. M. T. C. por sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2001, no quedará prescrita hasta el 20 de diciembre de 2010» (fundamento jurídico quinto).

...

Con la perspectiva de control que nos corresponde, ciñendo nuestro pronunciamiento exclusivamente al concreto caso suscitado en la vía judicial previa, esto es, a la consideración o no de la suspensión de la ejecución de la pena durante la tramitación de una solicitud de indulto y de un recurso de amparo como causas de interrupción de la prescripción de la misma, ha de señalarse que el criterio interpretativo mantenido por la Sala de lo Penal del Tribunal Militar Territorial Cuarto en las resoluciones recurridas no puede estimarse constitucionalmente aceptable, de acuerdo con la doctrina constitucional de la que se ha dejado constancia en el fundamento jurídico 2, al no satisfacer la exigencia constitucional de que toda decisión judicial adoptada en esta materia manifieste un nexo de coherencia con la norma que le sirve de fundamento.

En efecto, como se reconoce en los Autos recurridos, el Código Penal de 1995 únicamente contempla de manera expresa la existencia de causas de interrupción de la prescripción penal en relación con la prescripción de las infracciones penales (art. 132 CP), no en relación con la prescripción de las penas. Por lo que se refiere a éstas, el CP 1995, tras enunciar como una de las causas de extinción de la responsabilidad criminal la prescripción de la pena (art. 130.7 CP), se limita a señalar los plazos de prescripción de las penas impuestas por Sentencia firme, así como a declarar la no prescripción de las penas impuestas por la comisión de determinados delitos

(art. 133 CP) y a determinar el *dies a quo* del cómputo de dichos plazos (art. 134 CP). Al respecto este último precepto dispone que «el tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebramiento de la condena, si ésta hubiera comenzado al cumplirse». Aunque el precepto se circunscribe a establecer dos momentos del inicio del cómputo del tiempo de la prescripción, implícitamente cabe inferir de su redacción, como pacíficamente admite la doctrina, que en él se contempla el cumplimiento de la pena como causa de interrupción de la prescripción. Ninguna otra causa de interrupción de la prescripción de la pena se recoge en los preceptos dedicados a la regulación de este instituto. Regulación que contrasta con la del precedente Código Penal de 1973, cuyos arts. 115 y 116 estaban dedicados a la prescripción de las penas. En tanto que el art. 115 CP de 1973 establecía los plazos de prescripción de las penas, el art. 116 constaba de dos párrafos, dedicado el primero a disponer el *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción, que sustancialmente no difiere del art. 134 CP de 1995, y el segundo a prever los efectos de la interrupción de la prescripción de la pena y contemplar expresamente como causa de interrupción de la prescripción la comisión de otro delito antes de completar el tiempo de la prescripción. Así pues el legislador del CP de 1995 en la regulación de la prescripción de las penas mantiene el *dies a quo* del cómputo de su plazo que aparecía ya contemplado en el art. 116 CP de 1973, aunque variando su redacción en algún aspecto puntual, pero no sustancial en lo que ahora nos interesa, y omite cualquier referencia a los efectos de la prescripción de las penas y a la comisión de otro delito como causa de interrupción, entonces regulados en el párrafo segundo del art. 116 CP de 1973.

De otra parte el art. 4.4 CP de 1995 faculta al Juez o Tribunal a suspender la ejecución de la pena mientras se resuelve sobre el indulto cuando de ser ejecutada la Sentencia la finalidad del indulto pudiera resultar ilusoria. Y el art. 56 LOTC, en la redacción anterior a la dada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, que era la aplicable al supuesto ahora considerado, facultaba a la Sala del Tribunal Constitucional que conozca de un recurso de amparo a suspender de oficio o a instancia de parte, la ejecución del acto de los poderes públicos por razón del cual se reclame el amparo, cuando la ejecución hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad. Ni en uno ni en otro supuesto, esto es, ni en el caso de la suspensión de la ejecución de la pena durante la tramitación de un indulto o como consecuencia de la tramitación de un recurso de amparo, la normativa reguladora otorga a dichas suspensiones la condición o la cualidad de causas interruptivas de la prescripción de la pena suspendida.

...

A partir de las precedentes consideraciones en torno a los preceptos legales aplicables resulta evidente que el criterio interpretativo mantenido por el Tribunal Militar Territorial Cuarto en los Autos recurridos, aunque no puede ser calificado como arbitrario, no satisface el canon constitucional reforzado exigido en supuestos como el que ahora nos ocupa, pues excede el propio tenor literal de los preceptos legales aplicables, que, de un lado, no contemplan la suspensión de la ejecución de la pena como consecuencia de la tramitación de un indulto o de un recurso de amparo como causas de interrupción de la prescripción (art. 134 CP de 1995, ni, de otro lado, confieren a dicha suspensión en uno y otro caso la referida condición o cualidad (arts. 4.4 CP de 1995 y 56 LOTC), con los efectos que se les ha otorgado el órgano judicial. La interpretación judicial plasmada en los Autos impugnados excede, por tanto, del más directo significado gramatical del tenor de los preceptos legales en este caso concernidos, careciendo, en definitiva, de cobertura legal.

En este contexto en modo alguno resulta ocioso recordar que este Tribunal tiene declarado en relación con la prescripción de las infracciones penales, lo que resulta trasladable a la prescripción de las penas, que «es al legislador a quien corresponde determinar, con plena libertad, de acuerdo con el principio de seguridad jurídica (STEDH de 22 de junio de 2000, caso Coëme c. Bélgica, § 146), así como los criterios de política criminal que estime idóneos y atendibles en cada caso concreto, el régimen jurídico, el sentido y el alcance de la prescripción», así como que «la regulación de la prescripción es una cuestión de libre configuración legal, es decir, que queda deferida a la voluntad del legislador sin condicionamientos materiales que deriven de la Constitución» (STC 29/2008, de 20 de febrero, con cita de la STC 63/2001, de 17 de marzo).

...

Lo que, proyectado al caso que ahora nos ocupa, supone que necesariamente ha de estarse al régimen de la prescripción de las penas establecido por el legislador en el ejercicio de la potestad de la que es titular. En tal régimen la suspensión de la ejecución de la pena como consecuencia de la tramitación de un indulto o de un recurso de amparo no está configurada como causa de interrupción de su prescripción con el alcance que les ha conferido el órgano judicial en la resoluciones impugnadas; esto es, en tanto que causa de interrupción de la prescripción, que ha de comenzar de nuevo a correr el término de la prescripción desde que se removiera la causa interruptiva.

...

Con base en las precedentes consideraciones hemos de concluir que el criterio interpretativo mantenido por la Sala de lo Penal del Tribunal Militar Territorial Cuarto en los Autos recurridos sobre la prescripción de la pena impuesta al recurrente en amparo, al estimar como causas interruptivas de la prescripción la suspensión de la ejecución de la pena durante la tramitación de una solicitud de indulto y de un recurso de amparo, no satisface el canon de motivación reforzada exigible a toda decisión judicial en materia de prescripción penal, habiendo vulnerado, en consecuencia, su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a la libertad (art. 17.1 CE) y el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

No corresponde a este Tribunal en un planteamiento abstracto y preventivo determinar los posibles efectos o la incidencia de los supuestos legalmente previstos de suspensión de la ejecución de la pena, en concreto, en lo que a este caso interesa, los derivados de dicha suspensión por la tramitación de una solicitud de indulto y de un recurso de amparo, sobre el cómputo del plazo de la prescripción de la pena, por tratarse, en principio, de una cuestión de legalidad ordinaria que compete a los órganos judiciales en el ejercicio de su función jurisdiccional. Nuestro enjuiciamiento debe detenerse aquí y, en consecuencia, los efectos del otorgamiento del amparo para restablecer al recurrente en la integridad de los derechos fundamentales vulnerados han de conducir a anular las resoluciones judiciales recurridas, en la medida en que están fundadas en la aplicación de una interrupción de la prescripción sin base legal, retrotrayendo las actuaciones para que se dicte una nueva resolución judicial respetuosa con los derechos fundamentales lesionados.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don J. M. T. C., y, en consecuencia:

1.º Declarar vulnerados el derecho del recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a la libertad (art. 17.1 CE) y con el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

2.º Restablecerle en sus derechos y, a tal fin, declarar la nulidad de los Autos de la Sala de lo Penal del Tribunal Militar Territorial Cuarto de 18 de

diciembre de 2009 y de 15 de enero de 2010, recaídos en la ejecutoria núm. 63-2001 dimanante del sumario 42/03/97, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior al de haberse dictado los referidos Autos para que se dicte una nueva resolución judicial respetuosa con los derechos fundamentales vulnerados.

COMENTARIOS

En el año 2000, el Tribunal Militar Territorial Cuarto dictó Sentencia condenatoria por delito de desobediencia agravado a la pena de privación de dieciocho meses de prisión, con accesorias legales de suspensión de empleo y cargo público.

En casación, la sala V del Tribunal Supremo rebajó la pena a nueve meses de prisión, en sentencia de abril de 2001.

El Consejo de Ministros desestimó la petición de indulto en septiembre de 2002.

El Recurso de amparo se interpuso tras el de casación, y el Tribunal Constitucional, acordó suspender la ejecución de la pena en diciembre de 2002, hasta que se resolviera el recurso de amparo, lo que ocurrió el 20 de diciembre de 2005.

Contra la decisión de continuar la ejecución de la sentencia, el condenado en el año 2000, nuevamente recurre en amparo bajo el número 1052/2010.

La presente sentencia, tras reconocer que la prescripción de la pena solo recoge en el CP vigente, la no prescripción de los crímenes internacionales, y que no se regulan genéricamente como sí se hace con las prescripción de los delitos, achaca el Tribunal Militar la conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el derecho a la libertad y a la legalidad penal.

En consecuencia, el TC anula los Autos del Tribunal Militar a quién obliga a dictar otro acorde con el criterio jurisprudencial constitucional.

Por ejemplo, en el caso examinado, se llega a la conclusión que al no interrumpir la prescripción de la pena el tiempo transcurrido por tramitación del indulto (nueve meses), y del recurso de casación (4 años y 4 meses), hubiera prescrito una pena de 5 años de prisión.

O... los número engañan, o... resulta engañada la Justicia; más aún cuando el transcurso del tiempo es imputable al delincuente y también al Tribunal Constitucional.

Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 122/2010, de 29 noviembre.

Ponente: D^a. Elisa Pérez Vera.

**DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD PERSONAL
Y A LA SEGURIDAD:**

Fuerzas y cuerpos de seguridad: régimen disciplinario de la Guardia Civil: sanción de tres días de arresto domiciliario por comisión de falta leve de inexactitud en las órdenes recibidas: sanción privativa de libertad por infracción cometida dentro del desarrollo de sus funciones policiales y no de las estrictamente militares: medida impuesta por la Administración sin intervención de órgano judicial: imposición en vía administrativa de la sanción más gravosa de las legalmente previstas: violación existente en relación con el art. 25.3 CE.

Recurso de amparo contra la Sentencia de 27/09/2004, de la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo, que desestima recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia de 05/06/2003, del Tribunal Militar Territorial Primero, desestimatoria de recurso contencioso disciplinario militar preferente y sumario, interpuesto por el recurrente contra Resolución que le impone una sanción de tres días de arresto domiciliario por falta leve: vulneración del derecho a la libertad en relación con la prohibición de que la Administración pueda imponer sanciones que impliquen privación de libertad: existencia: otorgamiento de amparo.

I. HECHOS (Resumen)

...

El demandante, guardia civil, fue sancionado mediante Resolución del teniente comandante del puesto principal de Altea (Alicante), de 14 de septiembre de 2000, a tres días de arresto, sin perjuicio del servicio, como autor responsable de una infracción leve, prevista en el art. 7.10 de la Ley Orgánica de régimen disciplinario de la Guardia Civil, por «inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas». Resumidamente, los hechos imputados consistían en una inspección paralela a la realizada por el jefe de pareja, amparándose en una supuesta incompetencia de éste, así como

descalificaciones vertidas en contra del mismo. Interpuestos los correspondientes recursos en vía administrativa, la sanción fue confirmada por resoluciones del capitán jefe de la Cuarta Compañía de Calpe, de 26 de octubre de 2000, y del coronel jefe de la Comandancia de Alicante, de 13 de diciembre de 2000.

El recurrente interpuso recurso contencioso disciplinario militar preferente y sumario, al considerar que la sanción impuesta vulneraba su derecho fundamental a la libertad (art. 17 CE) en relación con el principio de legalidad penal (art. 25 CE), y la lesión de su derecho a la libertad por haber sido sancionado por la Administración a una pena privativa de libertad en contra de lo preceptuado en el art. 25.3 CE y violándose por ello el art. 5 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (CEDH); por último, alegó la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) al haber sido sancionado sin prueba de cargo, habiendo sufrido indefensión material, por no haber sido informado del acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador, ni haber sido instruido de la posibilidad de tener asistencia letrada.

El Tribunal Militar Territorial Primero, mediante Sentencia de 5 de junio de 2003, confirmó las resoluciones impugnadas. Consideró el Tribunal ajustada a Derecho la sanción impuesta sin que se lesionara el art. 25.3 CE, ya que dicho precepto permite a la Administración militar, en determinados supuestos, imponer sanciones privativas o restrictivas de libertad. Respecto a la vulneración de su derecho fundamental a la libertad (art. 17 CE), al defender el demandante que el contenido de la sanción disciplinaria es una privación de libertad y no una mera restricción de la misma, consideró el Tribunal, con cita de abundante jurisprudencia, que, de la legislación aplicable se deduce una clara diferenciación entre las sanciones por faltas leves y por la comisión de las calificadas como graves, ya que, mientras éstas comportan un arresto de uno a tres meses, que constituye una clara privación de libertad, aquéllas conllevan el arresto de uno a treinta días, configurándose como una restricción de la libertad, ya que se cumple en el domicilio del sancionado continuando en la actividades de su unidad.

El demandante interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de septiembre de 2004. En relación con la supuesta indefensión sufrida por no haber sido informado del acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador, ni haber sido instruido de la posibilidad de tener asistencia letrada, considera el Tribunal Supremo que se le anunció por el jefe de pareja la presentación del parte al teniente comandante del puesto, habiendo sido oído y habiendo podido alegar en su descargo, todo ello dentro del procedimiento oral previsto para

la corrección de las faltas leves; tampoco consideró lesivo de su derecho el que no se le informara sobre la posible asistencia letrada, puesto que no resulta preceptiva. Respecto a la alegada lesión del derecho a la presunción de inocencia fue desestimada al considerar que la prueba consistente en el parte disciplinario cursado por el jefe de pareja ratificado ante el teniente y el reconocimiento parcial de los hechos por el recurrente ha resultado suficiente. Tampoco fue acogida la queja planteada sobre el principio de legalidad. Por último, el Tribunal Supremo desestimó la alegación sobre la supuesta vulneración del art. 17 CE en relación con el art. 25.3 CE al haberle sido impuesta una sanción privativa de libertad por la Administración. Afirmar que, emanada la sanción de la Administración militar, que, a sensu contrario del art. 25.3 CE, tiene potestad y competencia para imponer sanciones que impliquen privación de libertad, no cabe apreciar lesión alguna. La Sentencia contiene un Voto particular en el que se considera que, si bien la sanción privativa de libertad ha sido impuesta por una Administración, la naturaleza militar de la misma no contradice el tenor del art. 25.3 CE. No obstante, aun asumiendo la legalidad de la sanción, entiende que el procedimiento previsto en el art. 38 de la Ley Orgánica de régimen disciplinario de la Guardia Civil carece de las mínimas garantías constitucionales, y, además, en el caso concreto del demandante, han existido irregularidades que le causaron indefensión material, vulnerándose también su derecho fundamental a la presunción de inocencia.

...

En su demanda, el recurrente denuncia las siguientes vulneraciones:

a) En primer lugar la lesión de su derecho a la libertad personal, art. 17.1 CE, en relación con el art. 25.3 CE, por cuanto se le ha impuesto una medida privativa de libertad por la Administración que, por mandato constitucional, no puede imponer este tipo de sanciones. Rebatiendo la argumentación empleada por el Tribunal Supremo en su Sentencia, considera vulnerado el art. 5 CEDH, en el que se establecen las garantías para que una persona pueda ser privada de libertad; asimismo, considera que la reserva que el Estado español realizó a dicho artículo en relación con el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, no afecta a la Guardia Civil, que no pertenece a las mismas.

b) En segundo término, alega la vulneración del art. 17 CE por ser de aplicación directa las garantías procesales del art. 24.2 CE al procedimiento sancionador tramitado.

Considera que el procedimiento previsto en el art. 38 de la Ley Orgánica de régimen disciplinario de la Guardia Civil para depurar faltas leves está muy alejado de las garantías jurídicas de procedimiento que la misma

Ley prevé para sancionar faltas graves. Acogiendo los argumentos del Voto particular de la Sentencia dictada en casación, entiende que la sanción de arresto, al conllevar una privación de libertad, ha sido impuesta a través de un procedimiento que no goza de las garantías constitucionales, ya que no ha podido contar con asesoramiento de abogado militar, y, por otra parte, el derecho a conocer la acusación se realiza en estos procedimientos sólo de manera genérica.

c) En tercer lugar alega la lesión de su derecho de defensa contenido en el art. 24 CE. Estrechamente ligado a la anterior, continúa defendiendo que el procedimiento previsto en la norma no contiene las mínimas garantías exigibles para la efectividad del derecho de defensa. Considera que ha sufrido indefensión material, ya que cuando se le preguntó por los hechos no se le informó de que las preguntas se le realizaban como consecuencia de la apertura de un expediente sancionador y tampoco se le advirtió de la posibilidad de ser asistido por letrado; tampoco es cierto que reconociera los hechos imputados en relación con la inspección paralela, negándosele, según afirma, la prueba de testigos que solicitó al instructor. Haciendo nuevamente suyos los argumentos del Voto particular estima que sufrió indefensión.

d) Por último alega la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia, art. 24.2 CE. Argumenta el recurrente que no ha quedado probado el hecho que se le imputa, ya que, siendo la infracción sancionada el «defectuoso cumplimiento de una orden», debería haber quedado acreditada la existencia previa de una «orden» y no ha sido así. Relata los hechos acaecidos en la noche de autos y pone de manifiesto que en ningún momento el jefe de pareja le trasladó ninguna orden en sentido formal, por tanto, no pudo cumplir defectuosamente una orden inexistente. Tampoco las supuestas descalificaciones referidas al jefe de la pareja han quedado acreditadas; en ningún momento se reconocieron por el demandante dichas descalificaciones. En definitiva, recogiendo nuevamente los argumentos esgrimidos en el voto particular de la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo, el recurrente considera que el instructor del procedimiento sancionador no practicó verificación alguna de los hechos imputados, no permitiéndole llevar a cabo prueba de descargo y vulnerando, así, su derecho a la presunción de inocencia.

...

Mediante Auto de 28 de octubre de 2008, la Sala Segunda de este Tribunal acordó elevar al Pleno cuestión interna de inconstitucionalidad, con suspensión del plazo para dictar sentencia, en relación con el art. 10.1 y 2 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de régimen disciplinario de la Guardia Civil, por la posible vulneración del art. 25.3 CE.

...

La Sala dictó Sentencia en dicha cuestión con fecha 18 de octubre de 2010, declarando que el art. 10.1 y 2 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de régimen disciplinario de la Guardia Civil, no es inconstitucional interpretado en el sentido de que la imposición de las sanciones privativas de libertad sólo procede cuando la infracción ha sido cometida en una actuación estrictamente militar y así se motive en la resolución sancionadora.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO (Resumen)

...

Por su parte el Abogado del Estado solicita la desestimación del recurso, alegando, de un lado, además de la vigencia de una reserva del Estado español a los arts. 5 y 6 CEDH, que el art. 25.3 CE permite a los mandos militares acordar medidas privativas de libertad por no estar comprendidos en la Administración civil a que se refiere el mencionado precepto. De otro, rechaza las quejas relativas a las vulneraciones del art. 24.2 CE por no haberse producido indefensión y por existir suficientes pruebas válidas de cargo para determinar la sanción, lo que excluye la lesión del derecho a la presunción de inocencia del recurrente.

...

El Ministerio Fiscal entiende que todas las lesiones de derechos fundamentales denunciadas están íntimamente ligadas, siendo el núcleo de las mismas la privación de libertad sufrida como consecuencia de una decisión administrativa, vulnerándose así los arts. 17 y 25.3 CE y el art. 5 CEDH. Afirma que la lectura constitucional del art. 10.1 de la Ley Orgánica de régimen disciplinario de la Guardia Civil, en relación con el art. 17 CE y el art. 5 CEDH, debió llevar a los tribunales a la opción menos gravosa de sanción, por ejemplo, la pérdida de haberes o la reprensión, y nunca al arresto. En cuanto a las garantías procedimentales vulneradas, considera que no es objetable la regulación legal si realmente se enfocara a depurar infracciones leves, pero el arresto como privación de libertad que es, no puede calificarse sino de sanción grave, por lo que el procedimiento previsto no reúne las garantías mínimas exigibles desde el punto de vista constitucional. Por último, la conculcación de la presunción de inocencia estaría condicionada por la inconstitucionalidad del procedimiento seguido para la obtención de las pruebas.

...

Ante todo se hace preciso recordar que esta Sala acordó en el presente recurso de amparo plantear cuestión interna de inconstitucionalidad con

respecto al art. 10.1 y 2 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de régimen disciplinario de la Guardia Civil, por la posible vulneración del art. 25.3 CE. En dicha cuestión recayó la STC 73/2010, en la que se declaró que dicho precepto «sólo resulta acorde con la Constitución si se interpreta en el sentido de que la imposición de las sanciones privativas de libertad (según el procedimiento previsto en la Ley) procede cuando la infracción ha sido cometida en una actuación estrictamente militar y así se motive en la resolución sancionadora».

Para llegar a esta conclusión parte la citada Sentencia, de un lado, de que la sanción de arresto contemplada en el precepto cuestionado no es una simple restricción de la libertad, sino una verdadera privación de aquélla (entre otras, SSTC 31/1985, de 5 de marzo y 14/1999, de 22 de febrero), y, de otro, de la doble naturaleza de las funciones que realiza la Guardia Civil, pues desarrolla unas de carácter policial, como parte de las fuerzas de seguridad del Estado (art. 9 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado), actuando también como fuerza armada, si bien de manera excepcional, en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que se le encomienden (art. 7.3 de la Ley Orgánica 2/1986). El corolario que se sigue de estos dos aspectos es que, con la perspectiva del art. 25.3 CE, en conexión con los arts. 5 y 6 CEDH, no es posible que las autoridades o mandos de la Guardia Civil a que se refiere el art. 19 de la Ley Orgánica 11/1991 impongan «sanciones que impliquen privación de libertad cuando se trate de actuaciones desarrolladas dentro del ámbito de las funciones policiales que la Ley les encomienda». O, lo que es igual, «el art. 25.3 CE no permite, a la luz de la singular configuración de la Guardia Civil que, previendo el art. 10.1 y 2 de la Ley Orgánica 11/1991 para la misma categoría de infracciones sanciones de diferente naturaleza jurídica que pueden ser de contenido económico, referidas a la carrera de los sancionados, y otras privativas de libertad, se imponga una sanción de arresto sin que haya quedado acreditado y motivado en la resolución sancionadora que la infracción ha sido cometida en el ejercicio de una función militar» (STC 73/2010, de 18 de octubre).

...

A la luz de la conclusión alcanzada en dicho fallo, debemos examinar ahora la queja sometida a nuestra consideración. Según consta con más extensión en los antecedentes de esta resolución, al demandante de amparo se le impuso la sanción de tres días de arresto domiciliario, sin perjuicio del servicio, por el Teniente Comandante del puesto principal de Altea, por la comisión de una infracción leve prevista en el art. 7.10 de la Ley Orgánica de régimen disciplinario de la Guardia Civil, por «inexactitud

en el cumplimiento de las órdenes recibidas» en el desarrollo de una inspección ocular realizada en un inmueble para la investigación de un hecho delictivo. Es evidente, por tanto, que al recurrente se le impuso una sanción privativa de libertad por una actuación desarrollada en el ámbito de su actividad policial y no de carácter estrictamente militar, y que dicha sanción fue impuesta por la Administración, en concreto por uno de sus superiores, sin intervención de órgano judicial alguno. Esto es, se le impuso administrativamente la sanción más gravosa para su libertad de las previstas en el art. 10.1 de la Ley Orgánica de régimen disciplinario de la Guardia Civil. Consiguientemente, y de acuerdo con la interpretación que de este último precepto se realizó en la STC 73/2010, esa actividad disciplinaria, en cuanto supuso una privación de la libertad del actor, vulneró lo dispuesto en el art. 17.1 del texto constitucional en relación con el art. 25.3 CE.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo interpuesto por don S. L. J. y, en su virtud:

1.º Declarar que ha sido vulnerado el derecho fundamental del recurrente a la libertad (art. 17 en relación con art. 25.3 CE).

2.º Restablecerlo en su derecho y, a tal fin, anular la Resolución sancionadora de 14 de septiembre de 2000, dictada por el Teniente Comandante del puesto de Altea (Alicante), así como la resolución del Capitán jefe de la Cuarta Compañía de Calpe, de 26 de octubre de 2000, la resolución del Coronel jefe de la Comandancia de Alicante de 13 de diciembre de 2000, la Sentencia del Tribunal Militar Territorial Primero de 5 de junio de 2003, y la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2004.

COMENTARIOS

Nos remitimos a los efectuados respecto a la Sentencia 73/2010 precedentemente.

CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVA

Dra. Eva María Bru Peral
Comandante Auditor. Magistrada

BIENES DE LA ADMINISTRACIÓN MILITAR

DERECHO DE REVERSIÓN. IMPOSIBILIDAD MATERIAL E INDEMNIZACIÓN
SUSTITUTIVA

STS, sección 6ª del 25 de Mayo de 2010, recurso: 6296/2006.
Ponente: CARLOS LESMES SERRANO

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia dictada el 21 de julio de 2006, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en el recurso 583/1997 (al que se acumuló el recurso 4/1998), en el que se impugnaban las Resoluciones del Director-Gerente de Infraestructuras de la Defensa, de 18 de marzo de 1997, y del Ministro de Defensa de 28 de octubre de 1997, así como contra la Resolución de la citada Gerencia del día 12 de febrero de 1996, y contra la subasta celebrada el día 13 de marzo de 1996, revocando y dejando sin efecto dicha sentencia al reconocer, como derecho indemnizatorio de los expropiados, por imposibilidad material de la reversión, una determinada cantidad dineraria.

La Sentencia de instancia partía de la tesis mantenida por la Administración de considerar en todo momento que los terrenos discutidos no habían sido expropiados sino adquiridos mediante escritura pública

a sus propietarios, quienes los enajenaron voluntariamente, sin coerción alguna por parte del Estado, razón por la que la reversión resulta improcedente. Sin embargo, como se establece en esta Sentencia del Tribunal Supremo:

«Es reiterada jurisprudencia de esta Sala, plasmada, entre otras, en las Sentencias de 3 de junio de 1996 o de 21 de enero de 1999, que cuando iniciado el expediente expropiatorio se alcanza un mutuo acuerdo entre las partes en cuanto al precio, el hecho de que la transmisión del bien o derecho objeto del expediente expropiatorio se documente formalmente mediante escritura de compraventa ello no afecta a la auténtica naturaleza de la figura jurídica ante la que nos encontramos, que sigue siendo la de una expropiación, ya que la transmisión no tiene lugar exclusivamente en virtud de la libre voluntad de las partes sino que es consecuencia de un presupuesto determinante de aquella voluntad cual es el ejercicio de la facultad expropiatoria de la Administración.

En el fundamento primero de la Sentencia de instancia se indica que los terrenos que fueron adquiridos por parte del Estado a los causantes de los hoy recurrentes lo fueron para la construcción de unos cuarteles en «Las Rehoyas» y que la compraventa se formalizó en escritura pública de fecha 25 de noviembre de 1948. También se destaca que mediante Decreto de 13 de agosto de 1948, se dispuso que «a los efectos determinados en la Ley de siete de octubre de mil novecientos treinta y nueve sobre procedimiento de expropiación forzosa... declara de urgente ejecución la construcción de cuarteles para un Regimiento de Infantería y un Grupo de Ingenieros en Las Rehoyas (Las Palmas de Gran Canaria)», manifestando en su preámbulo que tal decisión se adopta «ante la necesidad de disponer en el más breve plazo posible de la totalidad de los terrenos necesarios para la construcción de dichos cuarteles a fin de evitar dilaciones e inconvenientes que puedan presentarse en su adquisición».

Vemos así, según declara la propia Sentencia, que la compraventa de los terrenos donde han de construirse los cuarteles para un Regimiento de Infantería y un Grupo de Ingenieros en Las Rehoyas se produce en un momento inmediato posterior a la declaración, mediante Decreto, de la urgente ejecución de dicha obra, razón por la que es preciso analizar el sentido de la declaración contenida en el Decreto.

La Ley de 7 de octubre de 1939, de la Jefatura del Estado, de Expropiación Forzosa, estableció un procedimiento rápido de ocupación de fincas. La brevedad del procedimiento se justificaba en su preámbulo por la velocidad que el Gobierno quería imprimir a las obras de reconstrucción nacional y las demás que tuvieran carácter de urgentes, simplificando el

procedimiento establecido en la Ley de Expropiación Forzosa de 1879 hasta llegar al momento de la ocupación.

Esta simplificación procedimental se ponía de manifiesto en los artículos primero y segundo de la Ley de 1939, limitando su aplicación a las obras cuya ejecución se declaraba urgente por Decreto aprobado por el Consejo de Ministros.

La declaración de urgencia establecida en los Decretos del Gobierno respecto de determinadas obras suponía la existencia de un expediente expropiatorio ya que la declaración de utilidad pública estaba implícita al tratarse de una obra pública, y dicha declaración de urgencia llevaba aneja la de la necesidad de la ocupación de los bienes que habían de ser expropiados.

Declarada la urgencia de la obra mediante el correspondiente Decreto, la Administración podía ocupar los inmuebles que con arreglo al proyecto y replanteo aprobado, así como a los reformados posteriores al mismo, fueran necesarios para su ejecución siguiendo el procedimiento establecido en la Ley. Así lo establecía categóricamente el art. 2 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1939.

Por tanto, el Decreto de 13 de agosto de 1948 declaró, de conformidad con la Ley de Expropiación Forzosa de 1939, la urgencia de la realización de una determinada obra –en este caso la construcción de unos cuarteles– y esta declaración de urgencia llevó aparejada, a partir de ese mismo momento, la necesidad de ocupación de los bienes que habrían de ser expropiados para la realización de la misma. La voluntad expropiatoria de la Administración se manifestaba claramente en el referido Decreto pues no otro sentido pueden tener los términos del mismo puestos en relación con los precitados artículo uno y dos de la Ley de Expropiación Forzosa de 1939.

De lo anterior se deduce que en el momento de formalizar la compraventa de los terrenos destinados a construir los cuarteles de Las Rehoyas existía un procedimiento expropiatorio encaminado a obtenerlos coactivamente si fuere necesario.

Sin embargo para la aplicación de la doctrina jurisprudencial a que antes nos hemos referido no basta la simple existencia de un procedimiento expropiatorio para considerar expropiados determinados bienes que se venden en escritura pública a la Administración. Es preciso, además, que tales bienes se hayan individualizado o identificado en el expediente como de necesaria ocupación para que la expropiación pueda alcanzar el fin que la justifica, que en este caso era la construcción de unos cuarteles en Las Rehoyas. Tal circunstancia es negada por la Sala de instancia que no solo

considera que no existió procedimiento expropiatorio sino que también niega que la finca finalmente adquirida hubiera sido identificada como la necesaria para la construcción de los cuarteles.

Sobre este punto, si bien es cierto que la luz aportada por el expediente es muy escasa, existen suficientes datos que permiten alcanzar la conclusión contraria a la Sala de instancia, datos que deben traerse a colación para dar pleno sentido al Decreto de 13 de agosto de 1948 en la recta interpretación del mismo que se acaba de hacer.

En el Anexo I, folio 2, del expediente se recoge copia de un informe elaborado por el Comandante Jefe del Ejército en Las Palmas, fechado el 11 de mayo de 1948, en el que se identifican los solares que es preciso adquirir para la construcción del cuartel de Infantería, indicándose que se corresponden con la finca matriz de los herederos de X, añadiendo el informe que de la referida finca «... se segrega la parcela objeto de esta expropiación». A continuación de este informe se recoge una relación de gravámenes que pesan sobre la finca de Las Rehojas, parte de la cual se va a vender al Estado (ramo del Ejército). También se recoge en el Anexo copia de un contrato de opción de compra de fecha once de junio de 1948 en la que aparecen como vendedores, entre otros, diversos miembros de la familia XY. De interés es también un escrito (folio 6 del Anexo I) del Capitán General de Canarias de 17 de septiembre de 1948 dirigido al Comandante Jefe del Ejército en Las Palmas, en el que se indica que por Decreto conjunto de los Ministerios del Ejército y de Obras Públicas de fecha 31 de octubre de 1947 se ordenaba adquirir los terrenos que «figuran en el plano que se une, con destino a la construcción de los nuevos cuarteles de Infantería e Ingenieros y cuya propiedad no sea del ramo del Ejército». A continuación se designan en este escrito unos peritos para la valoración de los terrenos, añadiéndose lo siguiente:

«A los efectos que hubiera lugar le manifiesto que por Decreto de 13 de agosto último (D.O. núm. 202) han sido declaradas de urgencia las obras de construcción de los nuevos cuarteles mencionados; a efectos de aplicación de la Ley de 7 de octubre de 1939, para la adquisición de los solares necesarios por expropiación forzosa.

Sin embargo, por esa Jefatura debe tenerse presente el que dicha Ley no debe aplicarse en aquellos casos en que los propietarios convengan o hayan convenido ya con la Junta de Obras del Puerto un tipo de precio suscribiéndose en este caso una escritura de compraventa normal y reservando la aplicación de la Ley para los casos de negativa a enajenar o de dificultad por parte de los propietarios de presentar la documentación debida».

De estos antecedentes puestos en relación con el contenido del Decreto de 13 de agosto de 1948 se deduce que la Administración Militar había abierto un procedimiento expropiatorio para hacerse con los terrenos necesarios para la construcción de unos cuarteles para un Regimiento de Infantería y otro de Ingenieros en Las Rehoyas, que dichos terrenos y sus propietarios estaban perfectamente identificados en el expediente seguido y que su adquisición se preveía coactiva para el caso de que no se enajenasen voluntariamente.

Si había un procedimiento expropiatorio iniciado y los bienes cuya ocupación era necesaria para la obra estaban identificados e individualizados en el expediente, es claro que la doctrina jurisprudencial antes reseñada es perfectamente aplicable a este caso, sin que aparezca desvirtuada por lo establecido en la sentencia de nuestra Sala de 4 de noviembre de 2005, citada profusamente por la sentencia de instancia, en la que se rechazó la existencia de procedimiento expropiatorio en relación con unas compraventas realizadas para el Ministerio del Ejército en el año 1944, por cuanto entre los hechos que determinaron aquel pronunciamiento y los que son objeto de enjuiciamiento en esta litis hay un hecho diferencial claro que es la existencia aquí del Decreto de 13 de agosto de 1948 declarando la urgencia de las obras con el sentido que dicha declaración tenía atendidos los términos de la Ley de Expropiación Forzosa de 1939, circunstancia que no se daba en el recurso 5092/2002 que dio lugar a aquella sentencia.

A la vista de lo expuesto es necesario concluir que la sentencia impugnada debe ser casada, pues es patente que ha ignorado la doctrina de este Tribunal Supremo sobre el problema debatido en la instancia y ha dejado de aplicar, indebidamente, lo previsto en el art. 54.1 de la Ley de Expropiación Forzosa al hacer una interpretación errónea del sentido del Decreto de 13 de agosto de 1948 en relación con los hechos que se deducen del expediente».

Sentada esta conclusión considera el Tribunal Supremo:

«Es pacífico en este pleito que tales terrenos no pueden ser restituidos in natura a los herederos de sus originales propietarios, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el art. 66.2 del Reglamento de Expropiación Forzosa, y según lo dispuesto en el art. 121, apartado 1 de dicha Ley, la restitución de los bienes debe ser sustituida por una indemnización que habrá de responder a la necesaria compensación de la privación del dominio de la finca por resultar imposible el ejercicio del derecho de reversión.

Procede por tanto fijar las bases de la indemnización sustitutoria que procede, que no se ajusta a lo interesado por los actores.

El criterio lo estableció la Sentencia de esta Sala de 6 de abril de 200, dictada en el recurso de casación núm. 3548/2001, con posterioridad asumido en sentencias de 21 de noviembre de 2005 (recurso de casación núm. 6048/2002) y 22 de mayo de 2007 (recurso de casación núm. 858/2004), en el sentido siguiente:» Tal derecho de reversión, y al no resultar aplicables las previsiones contenidas en el art. 55 de la Ley de Expropiación Forzosa en la versión dada por el artículo 5 de la Ley 38/1999 de 5 de noviembre, dado que el ejercicio del derecho de reversión se ejercitó antes de la entrada en vigor de dicha modificación, habría de fijarse en un principio procediendo a valorar las fincas en el momento en que se solicita la reversión, como dispone el texto originario del art. 54 de la Ley de Expropiación Forzosa, determinando así la cantidad a abonar a la Administración. Por otro lado y puesto que los bienes, al menos en parte, se encuentran afectos a otros fines públicos, ello a su vez legitimaría el ejercicio del derecho expropiatorio de esos bienes una vez ejercitada la reversión, expropiación que daría lugar al abono del valor de los bienes más un 5% como premio de afección inherente a toda determinación del justiprecio por vía expropiatoria. Quiere decirse, en definitiva que, así como los recurrentes habrían podido recuperar las fincas abonando su precio, debieran a su vez cederlas a la Administración por vía de actuación expropiatoria obteniendo una diferencia entre uno y otro valor del 5% de premio de afección, porcentaje que la Sala estima procedente reconocer en el presente caso dado que, según se reconoce en la resolución desestimatoria en vía administrativa, en función del tiempo transcurrido no se conservan ni siquiera las hojas de aprecio y justiprecio de la valoración originaria de las fincas expropiadas, ni tampoco resultan aplicables soluciones que, en otros casos, han servido para fijar la indemnización en atención a criterios distintos por aplicación de los dispuesto en el artículo 55.1 de la nueva Ley de Expropiación Forzosa según la redacción de la Ley 38/1.999, y ello por la razón antes dicha de no encontrarse dicha Ley vigente en el momento del ejercicio del derecho expropiatorio.

En definitiva, ha lugar a estimar en parte el recurso contencioso administrativo reconociendo el derecho de reversión a favor de los recurrentes de las fincas expropiadas y, para el supuesto de que dicha reversión no fuera posible, reconocer el derecho a una indemnización a favor de los mismos cuya cuantificación se realizará en ejecución de sentencia partiendo del valor que tengan los bienes en la fecha de esta sentencia y señalando la cantidad a satisfacer a los recurrentes como indemnización por la privación de su derecho de reversión en el 5% del mencionado valor, toda vez que así se cumple la obligación de plena indemnidad resultante de la

privación del derecho de reversión sustituido, en el presente caso y cuando proceda, por una indemnización de daños y perjuicios».

Pues bien, aplicando dicha doctrina al caso de autos, la cuantificación indemnizatoria debe fijarse en ejecución de sentencia aplicando un 5% al valor que tengan los bienes expropiados a la fecha de esta sentencia en la que se reconoce el derecho de reversión, debiendo estimarse parcialmente el recurso contencioso-administrativo deducido por la parte actora».

IMPUGNACIÓN DEL ACUERDO DEL JURADO PROVINCIAL DE EXPROPIACIÓN.

STS, sección 6ª, de 15 de octubre de 2010, recurso: 2028/2006.

Ponente: JUAN CARLOS TRILLO ALONSO

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de instancia que estimó parcialmente el recurso contencioso administrativo deducido frente al Acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación por el que se fijó el precio correspondiente a la reversión de una finca expropiada.

La sentencia de instancia, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía anulaba el acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Sevilla, de fecha 31 de enero de 2002, por el que se fijó en la cantidad de 904.403,01 euros el precio correspondiente a la reversión de la finca, reconocida a favor de los recurrentes por la Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos de la Defensa del Ministerio de Defensa, minorando el justo precio de la reversión a la cantidad de 300.960 euros.

Tal como establece el Tribunal Supremo: *«En lo que se refiere al recurso de casación interpuesto por el Sr. Abogado del Estado, también, al amparo de lo dispuesto en el artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, se invoca como infringido el artículo 26 en relación con el 23 y la Disposición Transitoria 5ª de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones, entendiendo la defensa de la Administración recurrente que los citados preceptos han sido infringidos y que, en cualquier caso, la valoración del Jurado debió de haber sido mantenida por cuanto que se ciñó a la aplicación de la Ley y Valoraciones, considerando el asignado a fincas análogas.*

No se combate adecuadamente la crítica que la sentencia hace del criterio del Jurado, precisamente porque se parte de la analogía con fincas situadas en otro lugar, y cuyo valor en definitiva se rechaza, para asumir el

Jurado el valor que estima más adecuado en atención a las circunstancias, lo que evidentemente no constituye una aplicación del criterio de analogía establecido en el artículo 26 de la Ley 6/1998.

Por lo demás, no es cierto que, como el Sr. Abogado del Estado afirma, la sentencia de instancia haya tomado en consideración, exclusivamente, el resultado de la prueba pericial fundada ésta en el valor asignado a los terrenos en relación con la encuesta anual de precios de la tierra que publica la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía para los años 1999 y 2000, por cuanto que el informe pericial tomó en consideración, como se recoge expresamente en la sentencia recurrida, no solamente tal encuesta sino la renta actualizada de arrendamientos de fincas similares en el entorno, así como los precios de mercado abonados en transacciones similares, concluyendo en un valor que el Tribunal de instancia ha considerado acomodado al artículo 26 de la Ley 6/1998 de 2,40 /m2.

En definitiva, no se fundó la sentencia en criterios distintos de los establecidos en el artículo 26 de la Ley del Suelo y Valoraciones, sino que adoptó los fijados por el Perito judicial interviniente y se pronunció sobre la base de criterios valorativos contenidos en el precepto mencionado, en consideración a fincas análogas y capitalización de la renta de la tierra».

REVERSIÓN DE FINCA EXPROPIADA

STS, sección 6ª, de 19 de Noviembre de 2010, recurso: 5706/2006.

Ponente: JUAN CARLOS TRILLO ALONSO

Analiza la presente sentencia la reversión de la finca registral, denegada por la Resolución de la Dirección General de Infraestructuras, resolución que fue confirmada en alzada, con fundamento en el artículo 54.2.b) de la Ley de Expropiación Forzosa en su redacción dada por la disposición adicional quinta de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.

La sentencia recurrida en casación, dictada por la Sala de lo Contencioso del TSJ de Murcia se basaba en : «*El Tribunal Constitucional en reiteradas sentencias (por todas la 67/1988, de 18 de abril) ha señalado que la expropiación es un derecho de configuración legal puesto que el artículo 33.3 de la Constitución no lo ha incluido dentro de las garantías constitucionales de la expropiación, sin que, en consecuencia, deba reconocerse o respetarse siempre, pudiendo el legislador eliminarlo o modularlo en supuestos específicos, atendiendo de modo razonable y no arbitrario a la finalidad de la expropiación.*

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial generalmente aceptada el legislador tiene la facultad, pues, de modular el contenido del derecho de reversión, y así lo hizo en la LOE al dar nueva redacción a los artículo 54 y 55 de la LEF.

A los efectos que aquí interesan, el artículo 54.1 y 2 dispone que:

– En el caso de no ejecutarse la obra o no establecerse el servicio que motivó la expropiación, así como si hubiera alguna parte sobrante de los bienes expropiados, o desapareciese la afectación, el primitivo dueño o sus causahabientes podrán recobrar la totalidad o la parte sobrante de lo expropiado, mediante el abono a quien fuera su titular de la indemnización que se determina en el artículo siguiente.

– No habrá derecho de reversión, sin embargo, en los casos siguientes:

a) Cuando simultáneamente a la desafectación del fin que justificó la expropiación se acuerde justificadamente una nueva afectación a otro fin que haya sido declarado de utilidad pública o interés social. En este supuesto la Administración dará publicidad a la sustitución, pudiendo el primitivo dueño o sus causahabientes alegar cuanto estimen oportuno en defensa de su derecho a la reversión, si consideran que no concurren los requisitos exigidos por la ley, así como solicitar la actualización del justiprecio si no se hubiera ejecutado la obra o establecido el servicio inicialmente previstos.

b) Cuando la afectación al fin que justificó la expropiación o a otro declarado de utilidad pública o interés social se prolongue durante diez años desde la terminación de la obra o el establecimiento del servicio.

El apartado b) introduce una excepción a la reversión por la consumación de la expropiación como consecuencia de la ejecución de la «causa expropriandi» por cierto tiempo.

Este solo artículo podría hacer cuestionarse si su aplicación afecta a las expropiaciones anteriores a la Ley o sólo a las que se realicen a partir de su entrada en vigor. Sin embargo, estas consideraciones carecen de base puesto que la propia Ley ha establecido el régimen de sucesión de normas en la disposición transitoria segunda cuando dice que: lo establecido en la disposición adicional quinta no será de aplicación a aquellos bienes y derechos sobre los que, a la entrada en vigor de la ley, se hubiera presentado la solicitud de reversión.

Por tanto, al haberse presentado la solicitud de reversión con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, le es aplicable el régimen establecido en los nuevos artículos 54 y 55 de la Ley de Expropiación Forzosa, lo que conduce a la desestimación del recurso» .

El Tribunal Supremo consideró que: *«las garantías de la expropiación constituyen un derecho de configuración legal y por ello susceptible de modulación o eliminación, resalta que el legislador, con la nueva redacción dada a los artículos 54 y siguientes de la Ley de Expropiación Forzosa por la Ley 39/1999, se limita a modular el derecho de reversión, y ello de forma retroactiva al prever en su disposición transitoria segunda que «Lo establecido en la disposición adicional quinta no será de aplicación a aquellos bienes y derechos sobre los que, a la entrada en vigor de la Ley, se hubiera presentado la solicitud de reversión».*

La vulneración que del artículo 9.3 de la Constitución aducen los recurrentes se sostiene en que el derecho de reversión no es una expectativa de derecho.

Al efecto parece necesario precisar que el que el derecho de reversión constituya un derecho de naturaleza autónoma, susceptible de transmisión por actos inter vivos o mortis causa conforme se expresa en la sentencia de 24 de enero de 2002 de esta misma Sección, citada por los recurrentes, no está reñido con su consideración como derecho susceptible de modulación. Sin duda no es apropiado el término «expectativa», sinónimo de expectativa, ilusión, confianza, posibilidad, perspectiva, etc., para calificar un derecho reconocido para el futuro, para cuando se dé el supuesto de hecho que habilita a ejercitar con éxito el derecho de reversión, esto es, la desafectación, pero con independencia de la idoneidad del término, lo que es claro es que el derecho de reversión hasta el momento de ejercitarlo puede ser condicionado por el legislador sin que, en consecuencia, pueda acogerse frente a la denegación del derecho de reversión instado la alegación relativa a la irretroactividad de las leyes restrictivas de derechos.

Sólo añadir que ni el concepto de derecho autónomo referido en la sentencia de mención ni la posibilidad de transmisión que también en dicha sentencia se contempla tiene virtualidad para aducir con éxito la invariabilidad del derecho de reversión que los recurrentes propugnan».

ZONA DE SEGURIDAD DE INSTALACIÓN MILITAR

SAN, sección 5ª, de 16 de junio de 2010, recurso: 1232/2008.

Ponente: JOSÉ MARÍA GIL SÁEZ

La Sentencia analiza la Orden del Ministerio de Defensa 2815/2008, de 16 de septiembre, que establece la zona de seguridad de la instalación militar de la Base «General Morillo», en los términos municipales de Pontevedra,

Villaboa y Marín, al estimar que es necesario preservar dicha instalación militar de cualquier obra o actividad que pudiera afectarla, para asegurar la actuación eficaz de los medios de que dispone, así como el aislamiento conveniente para garantizar su seguridad, de conformidad con el Reglamento de Zonas e Instalaciones de interés para la Defensa Nacional, aprobado por el Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero, que desarrolla la Ley 8/1975, de 12 de marzo, fijándose la zona de seguridad próxima, mediante la indicación de los vértices a 300 metros del perímetro de la propiedad.

Tal como se determina en la Sentencia:

«La Ley 8/1975, de 12 de marzo, de Zonas e Instalaciones de interés para la Defensa Nacional, con el fin de salvaguardar los intereses de la Defensa Nacional, así como la seguridad y la eficacia de sus organizaciones e instalaciones, impone límites a los derechos sobre los bienes situados en algunas de las zonas que enuncia (artículo 1).

Entre estas zonas están las «zonas de seguridad», denominación que corresponde a las extensiones situadas alrededor de las instalaciones militares o de las instalaciones civiles declaradas de interés militar y que persiguen asegurar la actuación eficaz de los medios de que dispongan aquellas instalaciones, así como al aislamiento conveniente para garantizar la seguridad y, en su caso, la de las propiedades próximas cuando dichas instalaciones entrañen peligrosidad para ellas (artículo 3).

Las zonas de seguridad pueden ser de dos tipos: «zona próxima» y «zona lejana» (artículo 7).

La zona próxima de seguridad «tendrá, como por regla general, una anchura de 300 metros», según el artículo 8.1 de la Ley, disponiendo el apartado siguiente: «No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando por la índole de la instalación de que se trate la anchura antes señalada la considere insuficiente a los fines de seguridad que persigue o, por el contrario, resulte excesiva, especialmente en los casos en que las instalaciones están ubicadas en el interior de poblaciones o zonas urbanizadas, podrá ser ampliada o reducida hasta un límite estrictamente indispensable, todo ello sin perjuicio de que el propio Reglamento de esta Ley señale, con carácter general para determinadas clases o grupos de instalaciones, anchuras mínimas inferiores o superiores a las citadas en el párrafo 1º de este artículo».

Y en orden a la competencia para determinar la zona próxima de seguridad, el apartado 3 de este precepto establece: «La delimitación de la zona correspondiente a cada instalación será hecha, en cada caso por el Ministerio militar correspondiente, en la forma y con los requisitos que reglamentariamente se determinen».

En la zona próxima de seguridad queda prohibida la realización, sin autorización del Ministro correspondiente, de obras, de trabajos, de instalaciones o de actividades de clase alguna (artículo 9).

En orden a la naturaleza jurídica de esta institución la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de febrero de 2001, establece: «Las Zonas de Seguridad situadas en las inmediaciones de las instalaciones militares y de las civiles declaradas de interés militar, en los términos que se desprenden de la Ley 8/75, constituyen una limitación legítima a las facultades dominicales de los propietarios afectados, cuya justificación se encuentra en la necesidad de garantizar la seguridad y eficacia de las instalaciones y organizaciones militares. Se trata por tanto, como en toda potestad administrativa atribuida por la Ley de conocer cuales son los intereses públicos que subyacen en tales prerrogativas con objeto de hacerlas, en cada caso concreto, conciliables o no con los intereses de los afectados. Del análisis de la Ley 8/1975 y de su Reglamento de aplicación se deduce que los fines perseguidos por estas Zonas de seguridad se pueden resumir en garantizar tres objetivos: la actuación eficaz de los medios —en este caso parece referirse a las Unidades Militares—, el aislamiento conveniente para su seguridad y la eventual peligrosidad de los edificios próximos».

A la luz de estas normas legales y de la doctrina jurisprudencial ha de concluirse que la determinación de la zona próxima de seguridad compete al Ministerio de Defensa, configurándose como una limitación impuesta por la Ley al derecho de dominio de los particulares, y en consecuencia, la Orden ahora impugnada se adecua a los parámetros exigidos por la norma legal para su establecimiento, por cuanto que constituye un acto administrativo emanado del órgano administrativo competente para su emisión, la Ministra de Defensa, su ámbito de aplicación se circunscribe a las limitaciones impuestas por la Ley, por cuanto se trata de una instalación militar, y su finalidad es la proclamada en la ley, preservar de cualquier obra o actividad que pudiera afectarla, el aseguramiento eficaz de los medios de que dispone y el conveniente aislamiento para garantizar la seguridad y la extensión espacial de la limitación se ajusta a la anchura de 300 metros previstos en la misma. Sin que por la parte actora se alegue infracción alguna al respecto.

En orden a las alegaciones sobre la utilización por la Administración militar de otras vías para el establecimiento de esta limitación, tales como la expropiatoria o el convenio, únicamente cabe citar el artículo 28 de la propia Ley 8/1975, en cuanto establece: «Los perjuicios que se originen a los particulares como consecuencia de las servidumbres o limitaciones derivada, de la presente Ley serán indemnizables conforme a lo provisto en

la Ley de Expropiación Forzosa y de la de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. En todo caso, el particular afectado podrá hacer uso de las facultades que la confiere el art. 23 de la vigente Ley de Expropiación Forzosa».

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN MANIOBRA DE ATERRIZAJE

STS, sección 6ª, de 11 de Noviembre de 2010, Recurso: 3916/2006.

Ponente: AGUSTÍN PUENTE PRIETO

El Tribunal Supremo rechaza la responsabilidad patrimonial del Ministerio de Defensa en relación con un accidente de aviación ocurrido en el año 2002 en la maniobra de aterrizaje, al engancharse el tren de aterrizaje con la barrera de frenado, la cual debería encontrarse bajada en su totalidad.

El Alto Tribunal confirmó la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, según la cual:

«Entiende esta Sala que no puede reconocerse indemnización en cuanto a las secuelas ya que la perito para llegar a sus conclusiones se basa en un TAC realizado el 10 de marzo de 2005 que es posterior a la resolución recurrida (23 de junio de 2004). Debe tenerse en cuenta que el proceso contencioso administrativo es un proceso histórico en el sentido que viene referido a la conformidad o disconformidad a derecho del acto recurrido en la época en que se dictó. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1991 «no es posible en razón al carácter revisor de esta Jurisdicción, que supone el control y la determinación de la legalidad o no de los actos administrativos impugnados atendiendo al momento en que se dictaron sin tener en cuenta las circunstancias sobrevenidas con posterioridad».. que no han sido tenidas en cuenta por la Administración al dictar el acto o resolución que se combate y que incluso de conocerse podrían dar lugar a la modificación de aquél, sin que el contraste de legalidad pueda verse alterado por modificación de circunstancias no jurídicas que al implicar una alteración sustancial del «status» del administrado pueden hacerle incluso acreedor a un determinado derecho, derivado de este «dato nuevo» que al significar una variación sustancial de circunstancias puede hacerse valer ante la Administración reproduciendo la petición en atención a las nuevas circunstancias, pero que no pueden servir para enervar la eficacia y juricidad del que se dictó

atendidas las circunstancias fácticas concurrentes en el momento de su emisión».

Añade la sentencia, que «La Administración para denegar indemnización en concepto de secuelas se basa en el informe del Jefe del Servicio de Traumatología y Ortopedia del Hospital Central de la Defensa de 30 de octubre de 2003 y 8 de mayo de 2003 (folio 394 y 4599 en el que señala que en mayo de 2003 fue dado de alta clínica emitiéndose informe para le CIMA, en el sentido de poder recuperar su aptitud de vuelo, porque en ese momento el paciente presentaba A) desde el punto de vista clínico: una evolución satisfactoria con excelente recuperación y movilidad de su columna dorso lumbar, así como recuperación ad-integrum de la clínica neurológica que presentó en su ingreso. B) desde el punto de vista radiológico. consolidación de la artrodesis instrumentada de los niveles L4-L5-S1 así como consolidación de las fracturas por compresión de los cuerpos vertebrales T8 y T9 y L1-L2 con pérdida discreta del muro anterior de L1 y moderada cifosis lumbar alta sin signos de inestabilidad segmentaria. La patología derivada de su accidente, se puede considerar en cuanto a secuelas radiológicas, ninguna desde el punto de vista clínico por lo que fue dado de alta para el servicio de vuelo. En la actualidad dichas secuelas radiológicas están estabilizadas, siendo su futura repercusión clínica (como todo futuro) difícil de precisar».

Concluye, en este fundamento de derecho cuarto la sentencia recurrida, precisando que «Ahora en cambio en el TAC realizado el 10 de marzo de 2005 se evidencian la existencia de hernias, escoliosis, y cambios postquirúrgicos en relación a la fijación transpedicular L4-S1, que no constan existiesen en la fecha en que se dictó la resolución recurrida, teniendo en cuenta que el propio Jefe del Servicio de Traumatología y Ortopedia del Hospital Central de la Defensa en su informe de 30 de octubre de 2003 (folio 459) no descartaba el hecho de que pudiera haber una evolución negativa al señalar en su informe «En la actualidad (30 de octubre de 2003) dichas secuelas radiológicas están estabilizadas, siendo su futura repercusión clínica (como todo futuro) difícil de precisar». En su caso por tanto el interesado si considera con base al nuevo TAC realizado el 10 de marzo de 2005 que ahora presenta secuelas radiológicas con repercusión clínica puede solicitar se inicie un nuevo expediente de responsabilidad patrimonial al objeto de valorar su alcance».

En cuanto a los días de hospitalización y de baja, confirma la sentencia lo informado por la sección de haberes de la Base Aérea de Albacete, en el sentido de que el recurrente no sufrió ningún tipo de disminución en sus retribuciones como consecuencia del período de baja médica en que

permaneció desde el día 10 de junio de 2002 hasta el 23 de mayo de 2003, sin que proceda reconocer indemnización por incapacidad permanente parcial por cuanto obtuvo el alta médica por curación el 23 de mayo de 2003, habiéndose incorporado a su actividad como piloto de las Fuerzas armadas, concluyendo que «no procede reconocer una indemnización por daño moral al no constar acreditados como consecuencia de los sufrimientos físicos y el largo proceso de rehabilitación que tuvo que soportar durante tantos meses así como el sufrimiento psicológico que le ocasionaba la incertidumbre de la evolución de sus lesiones».

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR MALA PRAXIS MÉDICA

SAN, sección 5ª, de 2 de junio de 2010, recurso: 971/2008.

Ponente: JOSÉ MARÍA GIL SÁEZ

La Sentencia estudia la responsabilidad patrimonial por mala praxis médica existiendo un Concierto entre ISFAS y una entidad privada.

Se establece, desestimando el recurso interpuesto contra la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración en vía administrativa, por la Audiencia Nacional que: *«Sobre la imputación de responsabilidad patrimonial de la Administración en hipótesis como la que ahora se trata, las posiciones de las partes son contrapuestas.*

Ahora bien, esta misma Sección, en la Sentencia de 2 de julio de 2008, recaída en el recurso contencioso-administrativo número 395/2006, y en Sentencia de 25 de marzo de 2009, recurso 565/2007, ha tenido ocasión de estudiar el tema a la luz de elementos normativos recientes.

Este Tribunal, en asuntos similares al de autos, vino declarando que, «el daño cuyo resarcimiento se persigue por la actora, no es imputable al funcionamiento de los servicios públicos, habida cuenta de que la actuación administrativa consiste en celebrar conciertos con Entidades o Sociedades para facilitar a los mutualistas y beneficiarios la prestación sanitaria de tal modo que, a tenor de lo dispuesto en los Conciertos suscritos, la responsabilidad que puede surgir por la defectuosa asistencia no es susceptible de ser imputada más allá del círculo en que efectivamente se realiza la prestación, extendiéndose en la forma pretendida por la demandante», añadiéndose que la Administración «no ha prestado ningún tipo de asistencia sanitaria, ha sido la Entidad concertada elegida por la mutualista la que lo ha hecho a través de sus servicios y en el ámbito de una relación establecida libremente con la recurrente y que ésta no puede

desconocer» (Sentencia de 25 de enero de 2001 -recurso nº 251/2000, en similar sentido la Sentencia de 2 de octubre de 2002, recurso 363/2002).

El Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencias de 20 de febrero y de 24 de mayo de 2007, sobre la base de que, «no pudiendo oponerse las concretas cláusulas del concierto, a quien tiene el carácter de tercero en relación al articulado del mismo, pero que precisamente por la existencia de éste, acude a recibir asistencia sanitaria a la entidad médica con la que el ISFAS, de cuyo régimen sanitario es beneficiario, ha suscrito el oportuno concierto para la prestación de dicha asistencia», mantuvo otro criterio, que motivó el cambio en los razonamientos de esta Sección.

Sin embargo, se indica en las precitadas Sentencias de este Tribunal de 2 de julio de 2008, recurso 395/2006 y Sentencia de 25 de marzo de 2009, recurso 565/2007, no puede desconocerse la incidencia que, en esta cuestión, tiene la disposición adicional vigésimo tercera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, cuyo apartado 1 dispone que «los conciertos que tengan por objeto la prestación de servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica y que, para el desarrollo de su acción protectora, celebren la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas con entidades públicas, entidades aseguradoras, sociedades médicas, colegios farmacéuticos y otras entidades o empresas, cualquiera que sea su importe y modalidad, tendrán la naturaleza de contratos de gestión de servicio público regulándose por la normativa especial de cada mutualidad y, en todo lo no previsto por la misma, por la legislación de contratos del sector público».

Con esta disposición, la Ley considera expresamente sometidos los conciertos del tipo del que trae causa la asistencia prestada a la parte actora, celebrado entre el Instituto Social de las Fuerzas Armadas y ASISA, al régimen del contrato de gestión de servicio público, del que el concierto constituye una de sus modalidades de contratación –artículo 253.a) de la nueva Ley y artículo 156.c) de la precedente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas–, figurando entre las obligaciones del contratista la de «indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración» (artículo 256 .c) de la nueva Ley y artículo 161 .c) de su precedente).

Esta idea, que ya se deducía de la normativa anterior, como se plasmaba en la sentencia de 2 de octubre de 2002, al decir: «En su consecuencia, la prestación sanitaria a través de una Entidad o Sociedad concertada incumbe exclusivamente a ésta a través de los profesionales y medios establecidos previamente y, dentro de ellos, de los elegidos por el mutualista o

beneficiario», se hace ahora explícita, por imperativo legal, cobrando todo su vigor el sistema de responsabilidad al que se acaba de aludir, de manera que «la responsabilidad de la Administración solo se impone cuando los daños deriven de manera inmediata y directa de una orden de la Administración [...], modulando así la responsabilidad de la Administración en razón de la intervención del contratista, que interfiere en la relación de causalidad de manera determinante, exonerando a la Administración, por ser atribuible el daño a la conducta y actuación directa del contratista en la ejecución del contrato bajo su responsabilidad, afectando con ello a la relación de causalidad, que sin embargo se mantiene en lo demás, en cuanto la Administración es la titular» del servicio y del fin público que se trata de satisfacer, así como en los casos indicados de las operaciones de ejecución del contrato que responden a órdenes de la Administración (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006)».

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA Y DERECHO TRIBUTARIO

DEVOLUCIÓN DEL IVA POR OPERACIONES DE ENTREGA REALIZADAS Y DERIVADAS DE CONTRATOS DE SUMINISTRO CON EL MINISTERIO DE DEFENSA

STS, sección 2ª, de 4 de Noviembre de 2010, Recurso: 525/2006.

Ponente: JUAN GONZALO MARTÍNEZ MICO

El Tribunal Supremo deniega la devolución de ingresos indebidos formulada en relación con el Impuesto sobre el Valor Añadido ingresado por sus operaciones de entrega realizadas y derivadas de contratos de suministro. La mercantil recurrente en casación habitualmente suministraba uniformes militares, de su propia fabricación, para el ejército mediante adjudicación de contrato de suministro por el Ministerio de Defensa.

Comienza la sentencia declarando que: *«el uniforme militar no puede ser considerado de uso específico militar, ya que la diferencia con otros uniformes –piénsese en los usados por el personal sanitario, de grandes almacenes, de establecimientos industriales, de centros docentes, etc.–, no es esencial, sino en relación con su forma y color, pero no requiere ni una industria especializada ni aplicaciones técnicas específicas, ni proceso de elaboración que sustancialmente los difiera de otros uniformes. La finalidad de la norma definidora de la exención es la potenciación y modernización de nuestras Fuerzas Armadas, lo que obliga a interpretar el término «material», que viene precedido de los términos «armamento» y «muni-*

ción», como aquellos instrumentos y efectos de uso exclusivo y excluyente de las Fuerzas Armadas y de aplicación a lo que es su función recogida en el artículo 8 de la Constitución. Otra interpretación nos llevaría a concluir que cualquier material utilizado por el Ejército sería específico del mismo, desde utensilios de cocina, limpieza, o cualquier otro, que pudiendo ser utilizado por cualquier colectivo lo fuese también por las Fuerzas Armadas. Así las cosas hemos de reducir el concepto de «material específico» a aquel que efectivamente lo es, y que por su configuración y elaboración sirve directamente a las funciones antes señaladas, requiriéndose técnicas en su elaboración propias de su especialidad incluso, aunque residualmente, puedan ser utilizados en otros ámbitos de la actividad humana.

De todo ello concluimos que la actividad de la actora nunca se incluiría en el ámbito de aplicación de la norma que analizamos ni aún en el caso en que la exención se extendiese a la fabricación interior. Ello hace innecesario el estudio de una posible discriminación de la regulación, ya que ello no incidiría en la resolución del presente conflicto, si bien hemos de señalar que en ningún caso el artículo 14 de la Constitución ampara el supuesto de autos, pues existe una diferencia esencial, contemplada por la norma, cual es la importación de bienes y la fabricación interna; no nos encontramos ante supuestos de hecho idénticos».

Tal como establece el Tribunal Supremo: «Las Leyes 44/1982 y 6/1987 tienen una voluntad expresa de favorecer a la industria nacional (que, además, no establecen declaraciones de validez general e intemporal sino que tienen una proyección temporal adecuada a los programas de que en cada caso se trataba —en la primera Ley, para los años 1983 a 1990 y, en la segunda Ley, para los años 1986 a 1994—). Y en cierto modo, se infiere de ello que, cuando no haya más remedio que acudir al extranjero para adquirir el producto, es cuando, con el fin de reducir los costes correspondientes derivados del pago de los derechos de importación del producto, se aplica la exención, primero, de los derechos establecidos en el Arancel y del Impuesto de Compensación de Gravámenes Interiores (art. 9 de la Ley 44/1982) y, desde el 1 de enero de 1986, del IVA que grava esa importación.

En consecuencia, el que los uniformes que fabrica la recurrente deban considerarse como de uso específicamente militar es algo, en realidad, totalmente ajeno a la esencia del caso, pues no se está ante un supuesto de importación en el que hipotéticamente pudieran entrar en juego las Leyes antes citadas (de las que parece poderse inferir que se referían a material de otro tipo, tal como armamento o tecnología militar, distinto de los uniformes, pues a productos de alta tecnología se hacía referencia en la

Exposición de Motivos de la Ley 6/1987 y a maquinaria y material en el art. 9 de la Ley 44/1982), y, por tanto, la comparación efectuada por la recurrente entre productores nacionales (a los que las Leyes favorecen) y suministradores extranjeros carece, en este caso de autos, de predicamento.

Análogo razonamiento se hacía en las sentencias de 4 de octubre de 2004 y 29 de junio de 2005, dictadas en los recursos de casación nums. 6987/1999 y 2443/2000, a propósito también de facturación de suministros efectuados al Ministerio de Defensa y en los que el planteamiento de las empresas recurrentes eran sustancialmente coincidentes con el que aquí se examina.

Criterios –los de ambas sentencias de esta Sala– que se reiteran en el presente recurso por exigencias del principio de unidad de doctrina y porque se vuelven a considerar adecuados para la solución de la cuestión suscitada, añadiéndose las siguientes consideraciones:

a) La Administración, primero, y los Tribunales después no pueden reconocer una exención que no esté prevista en la Ley. Este principio de legalidad y reserva de ley, esencial en el ámbito tributario, en lo que a las exenciones se refiere, estaba establecido en el art. 10. b) de la LOT/1963 [art. 8.d) LOT/2003].

b) El específico principio de igualdad en la ordenación de los tributos está reconocido en el art. 31.1 CE y 3 LOT/1963 (art. 3.1 LOT/2003) y, en el planteamiento de la eventual discriminación que se aduce no puede verse una infracción de tal principio, puesto que no se contemplan todos los aspectos que pueden afectar a los suministradores extranjeros en relación con los nacionales y que no se reducen a la equiparación en el IVA en relación con los respectivos suministros.

c) El reparo que, desde la tesis de la recurrente, se formularía a la ley reguladora del IVA por sujetar al Impuesto al suministrador español del Ministerio de Defensa sería de inconstitucionalidad omisiva por no establecer la misma exención que para los suministradores extranjeros. Pero en tal caso el Tribunal de instancia no podría inaplicar una norma legal (menos integrarla con una exención que no establece) por incurrir en infracción de norma constitucional sin una previa declaración del Tribunal Constitucional adoptada en la correspondiente cuestión. Pero es que, además, si resulta discutible la función del máximo intérprete de la Constitución como legislador positivo, debe, sin duda, descartarse que tal función pueda ser asumida por la jurisdicción ordinaria.

d) Es cierto que los Tribunales nacionales deben inaplicar normas internas (cualquiera que sea su rango) cuando sean contrarias a normas de Derecho comunitario europeo, pero éste no impone la exención que se alega para los suministradores nacionales. Ni las libertades de estableci-

miento y de prestación de servicios resultan contrarias a la sujeción al IVA de los suministros de que se trata, ni la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas invocada es argumento para sustentar el motivo de casación, pues más bien se orienta a la consideración de la ilegalidad de la norma que considera exentas del IVA las importaciones y adquisiciones intracomunitarias.

e) De la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas invocada por la recurrente, de 16 de septiembre de 1999, lo que en todo caso se desprendería es que el Reino de España ha incurrido en infracción de la Directiva comunitaria resultadora del Impuesto sobre el Valor Añadido, por haber concedido la exención a la importación y a las adquisiciones intracomunitarias de ciertos armamentos y materiales de uso específicamente militar, distintos de las aeronaves y de los barcos de guerra; pero en cambio, de la misma en absoluto se desprende que resulte contrario al Derecho comunitario el hecho de no haber concedido igual exención a las entregas interiores de los mismos materiales. No puede por tanto pretenderse una devolución de ingresos supuestamente indebidos en concepto de IVA por entrega interior sujeta y no exenta, en este caso de material relacionado con las Fuerzas Armadas, con base en una jurisprudencia comunitaria que lo que establece es precisamente la contradicción con el Derecho comunitario de la Ley interna que considera exentas las importaciones y adquisiciones intracomunitarias de esos mismos materiales.

f) La devolución de ingresos indebidos instada conforme al Real Decreto 1163/1990, de 21 de septiembre, no se adecua para el reconocimiento de una exención que no está legalmente establecida y que habría de crearse administrativa o judicialmente para que no fuera «discriminatoria» la concedida a otros suministradores, si se tiene en cuenta que, de conformidad con el art. 155 LOT/1963 y el artículo 7 del indicado Real Decreto, el reconocimiento del referido derecho está particularmente previsto para los siguientes casos: cuando se haya producido una duplicidad en el pago de las deudas u obligaciones tributarias; cuando la cantidad pagada haya sido superior al importe de las deudas u obligaciones tributarias liquidadas o autoliquidadas por el propio obligado tributario; cuando se pagan ingresos después de prescribir la acción para exigir el pago, o cuando se hayan satisfecho deudas cuya autoliquidación haya sido realizada hallándose prescrito el derecho de la Administración para practicar la oportuna liquidación; y, en fin, cuando la Administración rectifique, de oficio o a instancia del interesado, cualquier error, de hecho o aritmético padecido en una liquidación u otro acto de gestión tributaria y el acto objeto de rectificación hubiere motivado un ingreso indebido».

RÉGIMEN DE PERSONAL MILITAR

RETIRADA DE HABILITACIÓN DE PERSONAL DE SEGURIDAD DE LA UE

STS, sección 4ª, de 21 de junio de 2010, recurso: 4848/2009.

Ponente: SANTIAGO MARTÍNEZ-VARES GARCÍA

La Sentencia analiza la Resolución de la Autoridad Delegada para la Seguridad de la Información Clasificada Oficina Nacional de Seguridad, del Ministerio de Defensa, de 9 de junio de 2006 por la que se inadmite el recurso de reposición interpuesto en fecha 11 de abril de 2006 por la representación del actor contra la retirada de su Habilitación de Personal de Seguridad de la UE, notificada al interesado por medio de correo electrónico, resolución de inadmisión que se confirma por ajustarse al ordenamiento jurídico.

El Tribunal Supremo, confirmando la Sentencia de la Audiencia Nacional que desestimaba el recurso interpuesto contra la citada Resolución, considera que *«toda notificación (...) deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente»* y en el número 3 añade que *«las notificaciones que conteniendo el texto íntegro del acto omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el apartado anterior surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución, o interponga cualquier recurso que proceda»*.

Pues bien la notificación en cuanto contenía el texto íntegro del acto que consistía en dejar sin efecto o privarle de la habilitación que le permitía el acceso a informaciones clasificadas UE hasta el nivel incluido de: *European Union Secret*, permitía al recurrente tener perfecto conocimiento de la decisión que le afectaba, y que era eficaz, en cuanto producía el efecto de privarle de la autorización que hasta entonces poseía, de modo que en ese momento el recurrente se dio por notificado una vez que inquirió de la Autoridad que le notificaba que solicitase de la Autoridad española las razones de aquella privación. Ello sin olvidar que la comunicación recibida le advertía que podía interponer recurso frente a la decisión adoptada, recursos que serían los establecidos por el derecho interno español y así consta en el expediente administrativo.

De ese modo esa notificación que contenía el contenido íntegro del acto, es decir, la decisión que trasladaba a su destinatario, aún a falta de su motivación, era plenamente eficaz cuando el recurrente inquirió acerca de sus razones o motivación y a partir de ese momento pudo interponer el recurso procedente. Siendo igualmente válida la notificación habida cuenta del modo en que se hizo utilizando el correo electrónico interno puesto que el recurrente así la aceptó».

REAL DECRETO 1755/2007, DE 28 DE DICIEMBRE

STS, sección 4ª, de 13 de octubre de 2010, recurso: 19/2008.

Ponente: SEGUNDO MENÉNDEZ PÉREZ

Se analiza en esta Sentencia el proceso de elaboración del Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, sobre prevención de riesgos laborales del personal militar de las Fuerzas Armadas y de la organización de los servicios de prevención del Ministerio de Defensa.

El recurso fue interpuesto por la Asociación Unificada de Militares Españoles (AUME) rechazando el Tribunal Supremo con base en que: *«el estudio de los artículos 8 y 13 de la Ley 31/1995 no conduce a afirmar que lo que allí se prevé sean informes de carácter preceptivo. Y, además, porque lo que hemos dicho en el párrafo segundo del anterior fundamento de derecho, tampoco nos permite afirmar que la Administración hubiera debido considerar conveniente la incorporación de los repetidos informes.*

Así, el citado art. 8, en el único apartado del mismo que cabe poner en relación con la cuestión en litigio, cual es la letra a) de su núm. 1, atribuye al Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo la función de «asesoramiento técnico en la elaboración de la normativa legal l». Previsión que no equivale, ni por sus términos literales, ni por el fin al que responde, a la de un informe preceptivo que en todo caso, sea o no necesario un asesoramiento técnico, haya de posibilitarse mediante la apertura de un trámite dirigido a su incorporación en el procedimiento de elaboración de una norma reglamentaria sobre seguridad y salud en el trabajo.

Y el art. 13, también en el apartado que conecta con la cuestión que nos ocupa, que lo es el inciso segundo de su núm. 3, sólo dispone que la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo podrá informar y formular propuestas en relación con los proyectos de disposiciones de carácter general en materia de prevención de riesgos laborales. Dicción de la norma de la que no cabe derivar que ésta prevea ese posible informe con el carácter de preceptivo».

SAN, sección 5ª, de 3 de noviembre de 2010, recurso: 375/2009.

Ponente: JOSÉ LUIS GIL IBÁÑEZ

La Sentencia analiza las resoluciones por las que, con ocasión de la publicación de la ordenación para el ascenso al empleo de Comandante Auditor del Cuerpo Jurídico Militar, se declara la aptitud del demandante, pero condicionada al total cumplimiento del tiempo de función. Para ello la Audiencia Nacional estudia si ha de computarse como tiempo de función el prestado por el actor como Letrado del Gabinete Técnico de Información y Documentación del Tribunal Supremo, realizando «funciones de asistencia técnico jurídico en asuntos jurisdiccionales», «singularmente», en la Sala Quinta, de lo Militar.

Esta Sentencia parte de otras Sentencias relativas a las condiciones que deben reunirse para entender que se cumple el tiempo de función a efectos del ascenso en el Cuerpo Jurídico Militar, tomando como referencia los preceptos de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas: *»Se trata de las Sentencias de 12 de julio de 2006 (recurso número 1.032/2005) y de 27 de septiembre de 2006 (recurso número 33/2006), a las que ha de añadirse la de 25 de abril de 2007 (recurso número 1.145/2005), relativas, precisamente, a la prestación de funciones en el Gabinete Técnico del Tribunal Supremo por miembros del Cuerpo Jurídico Militar –criterios similares se han recogido en las Sentencias de 2 de noviembre de 2006 (recurso número 535/2005), sobre la realización de servicios en el Defensor del Pueblo, o de 21 de marzo de 2007 (recurso número 606/2005), en cuanto al desempeño de los cargos de Director General de Costas y de Vocal asesor del Gabinete del Secretario de Estado de Infraestructuras del Ministerio de Fomento–.*

En lo que ahora interesa, la Sección ha razonado que, de acuerdo «con la Resolución 36/1994, de 8 de abril, del Secretario de Estado de Administración Militar, dos son los elementos necesarios para considerar que un destino es específico a fin de contabilizar su tiempo de permanencia como de función a efectos de ascenso. Por un lado, que el puesto en cuestión se contemple en la correspondiente plantilla de destinos, y por otro lado, que en tal puesto o destino se desarrollen cometidos específicos de su Cuerpo o la enseñanza de los mismos».

Partiendo de estos precedentes, se establece en la Sentencia:

«En cuanto al primer requisito, en las Sentencias dictadas se consigna que la propia Administración reconoce que, a partir del 5 de marzo de

1997, «en las Plantillas del Cuerpo Jurídico Militar se incluyeron puestos de Letrados del Tribunal Supremo ocupados por Oficiales Auditores pertenecientes al citado Cuerpo».

Sin embargo, la misma Administración advierte ahora de que, «del examen de la actual relación de puestos militares, aprobada por la Instrucción comunicada 006/2008, de 2 de enero, y en igual sentido se constataba en la plantilla de destinos aprobada por la Instrucción comunicada 157/2006, de 28 de diciembre, los puestos de letrados al servicio del Tribunal Supremo en momento alguno aparecen recogidos como ‘puestos’ o ‘destinos’ propios del Cuerpo Jurídico Militar», aunque no ha insinuado siquiera que, con anterioridad a esta última Instrucción comunicada, hubiera tal ausencia.

No obstante, el actor, que no niega estos extremos, resalta que tomó posesión como Letrado del Gabinete Técnico del Alto Tribunal el 10 de enero de 2005, razón por la cual su pretensión se limita al tiempo comprendido entre esa fecha y la de la entrada en vigor de la referida Instrucción comunicada 157/2006, de 28 de diciembre.

Así las cosas, ha de compartirse la tesis del demandante de que entre el 10 de enero de 2005 y el momento de entrada en vigor de la indicada Instrucción comunicada 157/2006, cumplió el primer requisito de los enunciados, pues, según se deduce de las explicaciones ofrecidas por la Administración, sólo después de esta última fecha se produce la exclusión de los puestos de Letrados al servicio del Tribunal Supremo de los propios del Cuerpo Jurídico Militar.

CUARTO.- El segundo de los requisitos reseñados consiste en que las funciones que el recurrente desempeñó en su condición de Letrado del Tribunal Supremo han de ser específicas del Cuerpo Jurídico Militar.

Como se recordó en las Sentencias precedentes, el artículo 39 de la Ley 17/1999 dispone que, «los miembros del Cuerpo Jurídico Militar, agrupados en una Escala Superior de Oficiales, tienen como cometidos los que conforme al ordenamiento jurídico les corresponden en la jurisdicción militar y los de asesoramiento jurídico en el ámbito del Ministerio de Defensa y de sus Organismos autónomos».

Siendo descartable la realización de funciones propias de asesoramiento jurídico en el ámbito del Ministerio de Defensa y de sus Organismos autónomos, hay que analizar si las funciones se han desarrollado en la jurisdicción militar, habiendo respondido negativamente esta Sección en las Sentencias citadas, que versaban sobre supuestos en los que los recurrentes habían sido adscritos a la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Ahora bien, las propias Sentencias señalaban una posible excepción al razonar que la «jurisdicción militar, a tenor de los Títulos II, III y IV de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, se compone de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, Tribunales y Juzgados Militares, Secretarías Relatorías y Fiscalía Jurídico Militar, mientras que según el certificado del Magistrado-Jefe del Gabinete-Técnico del Tribunal Supremo, el actor estuvo adscrito a la Sección Primera de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, no en la Sala V de lo Militar del Alto Tribunal».

Si se centra la atención en esta última referencia, resulta que en la propia contestación a la demanda se dice que «no desempeñando el actor función como Letrado de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo –única que podría facilitar su conexión con la jurisdicción militar– no cabe sino concluir que en el actual estado normativo los tiempos prestados como Letrado del Tribunal Supremo no pueden contabilizarse como de función», que es lo mismo que se expone en el informe emitido el 22 de diciembre de 2004 por la Asesoría Jurídica General del Ministerio de Defensa (documento número 7 de los acompañados a la demanda).

De lo que se deduce que la propia Administración está reconociendo que, si la labor de Letrado hubiera sido en la Sala de lo Militar, podría haber una conexión con esta Jurisdicción especial.

QUINTO.- Resulta que, según expone el Presidente de la Sala de lo Militar, el actor «viene desempeñando desde su incorporación a la mencionada plaza [de Letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo], funciones de asistencia técnico-jurídica a la Presidencia de la Sala de lo Militar, así como las de elaboración de la Crónica Jurisprudencia y Memoria de esta Sala» (folio 21 del expediente administrativo y documento número 9 de los acompañados a la demanda), funciones que se detallan más en el informe del Magistrado Jefe del Gabinete Técnico, en el sentido de que ha desempeñado «de manera efectiva desde su incorporación a la mencionada plaza las funciones de asistencia técnico-jurídica en asuntos jurisdiccionales de la Sala Primera, de lo Civil, de la Sala Especial del artículo 61 y, singularmente, de la Sala Quinta, de lo Militar, en la cual además de las referidas funciones de asistencia técnico-jurídica en asuntos jurisdiccionales propios de dicha Sala, ha desempeñado, igualmente, las de asistencia a las tareas gubernativas de la Presidencia, la elaboración de las crónicas de jurisprudencia de la Sala Quinta (realizando además de la labor de selección de resoluciones jurisdiccionales, las de análisis de las mismas) y, asimismo, tiene encomendada la función de análisis jurisprudencial de las resoluciones dictadas por la Sala Quinta que se incorporan

a la extranet del Poder Judicial» (folio 22 del expediente administrativo y documento número 10 de los acompañados a la demanda).

Por tanto, al realizar las funciones de Letrado en la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, cabe inferir que cumple con el segundo requisito, pues está ejerciendo su actuación en la órbita de la Jurisdicción Militar.

No obstante, la Resolución administrativa que desestima el recurso de alzada efectúa diversas puntualizaciones sobre el alcance de los servicios prestados para llegar a la conclusión de que, en el puesto ocupado por el actor como Letrado al servicio del Tribunal Supremo, no cumple funciones propias del Cuerpo Jurídico Militar.

Estas objeciones quedan desvirtuadas, según la Sección, si se atiende a la propia concepción de la Sala de lo Militar y a la naturaleza material de las funciones desarrolladas por el recurrente en la misma.

En efecto, las razones ofrecidas por la Administración no impiden apreciar la conexión entre la Sala Quinta del Tribunal Supremo y la Jurisdicción Militar, pues dicha Sala, según la exposición de motivos de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, constituye «el vértice» de dicha Jurisdicción, teniendo atribuido el conocimiento, entre otros, de los recursos de casación y de revisión contra las resoluciones del Tribunal Militar Central y de los Tribunales Militares Territoriales; de la instrucción y enjuiciamiento en única instancia de los procedimientos por delitos y faltas no disciplinarias, que sean competencia de la jurisdicción militar, contra los Capitanes Generales, Tenientes Generales y Almirantes cualquiera que sea la situación militar, miembros del Tribunal Militar Central, Fiscal Togado, Fiscales de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo y Fiscal del Tribunal Militar Central; de los recursos jurisdiccionales en materia disciplinaria militar que procedan contra las sanciones impuestas o reformadas por el Ministro de Defensa; de los recursos jurisdiccionales contra las sanciones disciplinarias judiciales impuestas a quienes ejerzan funciones judiciales, fiscales o Secretarías Relatorías, y no pertenezcan a la propia Sala; de los recursos de apelación en materia de conflictos jurisdiccionales que admita su ley reguladora contra las resoluciones en primera instancia del Tribunal Militar Central; o de las pretensiones de declaración de error de los órganos de la jurisdicción militar a los efectos de responsabilidad patrimonial del Estado, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 61.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 23).

Si tenemos en cuenta las competencias de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, la adscripción a la misma, como Letrado, del recurrente, y las funciones que materialmente desarrolla en dicha Sala, no cabe sino

concluir con que las mismas son propias de la Jurisdicción Militar, teniendo un indudable reflejo en su formación como integrante del Cuerpo Jurídico Militar, resultando un contrasentido que, por ejemplo, cuente como tiempo de función en tal Cuerpo la realización de cometidos en el Tribunal Militar Central y no «la asistencia técnico-jurídica» a la Sala del Tribunal Supremo encargada de resolver los recursos contra las decisiones adoptadas por el Tribunal inferior.

En consecuencia, ha de afirmarse que la prestación de servicios como Letrado adscrito a la Sala Quinta del Tribunal Supremo supone que se han desarrollado en la Jurisdicción Militar, por más que no lo hayan sido exclusiva, sino singularmente, adverbio que significa «especialmente, de manera notable o más destacada que otra cosa» (2ª acepción del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia).

SEXTO.- De cuanto antecede se deduce la estimación sustancial del recurso contencioso-administrativo interpuesto, en el sentido de que ha de reconocerse el derecho del demandante a que se le compute como tiempo de función en el empleo de Capitán Auditor del Cuerpo Jurídico Militar desde el 10 de enero de 2005 hasta la fecha de entrada en vigor de la Instrucción Comunicada 157/2006, de 28 de diciembre, con los efectos que de ello se deriven en cuanto a la ordenación para el ascenso al empleo de Comandante Auditor, sin que proceda reconocer el derecho al ascenso cuando corresponda, por tratarse de un pronunciamiento de futuro, condicionado por otros elementos».

CONVOCATORIA DE CURSO DE INSTRUCTOR MILITAR DE EQUITACIÓN PARA OFICIALES Y SUBOFICIALES

**STSJ, sección 8ª, de Madrid, de 8 de febrero de 2010, recurso: 851/2008.
Ponente: MIGUEL ÁNGEL VEGAS VALIENTE**

El Tribunal Superior de Madrid analiza los requisitos exigidos en el Curso de Instructor Militar de Equitación para Oficiales y Suboficiales, que excluía a los miembros de los Cuerpos Comunes. Considera este Tribunal, desestimando el recurso interpuesto, que:

«La cuestión que se plantea en este recurso radica en decidir si la convocatoria impugnada –la resolución 453/09688/08, de 12 de junio de 2008, del Director General de Reclutamiento y Enseñanza Militar, publicada en el BOD el 19 de junio de 2008, por la que se anunció un Curso de Instructor Militar de Equitación para Oficiales y Suboficiales, a realizar

en las instalaciones del Servicio de Cría Caballar y Remonta, Escuela Militar Ecuestre, de Zaragoza, desde el día 22 de septiembre al 19 de diciembre de 2008— infringe el ordenamiento jurídico y debe ser anulada como sostiene la parte recurrente.

Para solicitar este curso, cuya finalidad era la de especializar a los Oficiales y Suboficiales que ocuparan o fueran a ocupar puestos específicos del Servicio de Cría Caballar, y obtener la aptitud necesaria para ejercer como instructor de equitación, se requería que el personal militar aspirante a su realización hubiese superado el Curso de Monitor Militar de Equitación para Oficiales y Suboficiales, y además fuera Oficial o Suboficial del Cuerpo General de las Armas y del Cuerpo de Especialistas, destinados en el Servicio de Cría Caballar y Remonta, o Capitanes de la Escala Superior de Oficiales y de la Escala de Oficiales del Cuerpo General de las Armas del Ejército de Tierra, u Oficiales y Suboficiales del Cuerpo General de las Armas y Cuerpo de Especialistas destinados en la Guardia Real, u Oficiales y Suboficiales de la Guardia Civil.

El recurrente —Comandante del Cuerpo Jurídico Militar, Cuerpo Común de las Fuerzas Armadas, en posesión del Curso de Monitor Militar de Equitación— impugna la convocatoria por no incluir en ella, como hizo la convocatoria de 2004, a todos los Oficiales destinados en el citado FESCCR, donde se encontraba destinado él como Comandante Auditor.

A la vista de las alegaciones efectuadas, esta Sección no aprecia infracción del principio de igualdad por limitar la convocatoria para los militares destinados en el Servicio a los del Cuerpo General de las Armas y a los del Cuerpo de Especialistas. La convocatoria no solo excluye a los Cuerpos Comunes, sino también a otros Cuerpos del Ejército de Tierra y de los demás Ejércitos, y resulta evidente que en función del reducido número de plazas convocadas han de limitarse los colectivos militares de sus aspirantes. Tampoco cabe comparar esta convocatoria con la del 2004, en la que era suficiente ser Oficial o Suboficial, sin distinción de Cuerpos, destinado en el FESCCR para aspirar a la realización del Curso, para que por la vía del precedente administrativo o del principio constitucional de la igualdad se pueda declarar el derecho del recurrente a que se le convoque a la realización de dicho Curso.

Téngase en cuenta que los cometidos del Cuerpo Jurídico Militar son los de asesoramiento jurídico y los que conforme al ordenamiento jurídico le corresponden en la jurisdicción militar, según el artº 37 de la Ley 39/2007. La función de asesoramiento jurídico debe desarrollarse en el ámbito del Ministerio de Defensa y de los organismos autónomos adscritos a éste, según el artº 62 del R.D. 207/2003 (Reglamento de Cuerpos, Escalas y Especialistas

de las Fuerzas Armadas), que también le asigna funciones de docencia en las materias específicas de su cuerpo. Por ello aunque el recurrente estuviera destinado en la Jefatura de los Servicios de Cría Caballar y Remonta, los cometidos desempeñados en dicho Centro tenían que ser los propios de su Cuerpo a los que se ha hecho referencia, sin que necesitara para ello de la obtención del título especialidad de Instructor Militar de Equitación».

COMPLEMENTO DE PRODUCTIVIDAD EN MISIONES INTERNACIONALES

**STSJ, sección 6ª, de Madrid de 24 de Junio de 2010, recurso: 757/2007.
Ponente: AMAYA MARTÍNEZ ÁLVAREZ**

La sentencia analiza, llegando a un fallo desestimatorio, el abono del complemento de productividad solicitado por un Sargento de la Guardia Civil en igual cuantía que lo fue a los integrantes de contingentes de otras misiones internacionales, durante el tiempo que permaneció en comisión de servicio como integrante de la Misión de Administración Interna de las Naciones Unidas en Kosovo (UNMIK).

Tal como se recoge en esta Sentencia:

«Procede por tanto traerse a colación la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional sobre este principio, que arranca de la Sentencia 8/1981 y que dice que para apreciar la existencia de discriminación en la aplicación de la Ley se exige identidad de supuestos y aplicación desigual sin causa razonable (Sentencia 115/1989 de 22 de junio). Precizando más, dicho Tribunal Constitucional, en otra Sentencia 1/1990, de 15 de enero, que «no puede desconocerse que el principio de igualdad en la aplicación de la Ley no llega a fundamentar, por sí sola, la pretensión de que sean reconocidos determinados derechos en contradicción con el Ordenamiento Jurídico, por cuanto que el principio de igualdad encuentra su límite en el principio de legalidad, desplegando eficacia en el ámbito de los derechos e intereses jurídicamente adecuados o conformes a derecho pero, a la vez, cesando su virtualidad cuando esa igualdad condujera al mantenimiento o constitución de situaciones ilegales o disconformes a derecho (Fundamento Jurídico 2º). Así pues, el derecho de igualdad proclamado en el artículo 14 de la Constitución Española, tal como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo, en doctrina jurisprudencial pacífica y constante, proscrib[e] el tratamiento desigual de situaciones idénticas, dentro de la legalidad, a menos que exista una justificación objetiva y razonable en la que fundamentar esa desigualdad de trato.

Para poder apreciar la existencia de ese trato discriminatorio injustificado, es imprescindible: 1) Que el recurrente ofrezca un término de comparación idéntico, no simplemente semejante o análogo. 2) Que la desigualdad de trato o consecuencia jurídica, de existir justificadamente, no sea desproporcionada. 3) Que esa desigualdad de trato carezca de una justificación objetiva y razonable. 4) Que siempre y en todo caso la actuación administrativa ofrecida como término de comparación, sea lealmente irreproachable».

Así, tiene sentado el Tribunal Constitucional que el artículo 14 de la Constitución Española no establece un principio de igualdad absoluta que pueda omitir tomar en consideración la existencia de razones objetivas que razonablemente justifiquen la desigualdad de tratamiento legal, y, al respecto, conviene recordar la doctrina general acerca del alcance y eficacia del principio de igualdad, reflejada entre otras en la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1.990 (RTC 1990/76), donde se fijaron los siguientes rasgos esenciales: a) No toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del artículo 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) El principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; c) El principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; d) Por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos».

A partir de aquí se considera: «Y desde luego ha de tenerse en cuenta la regulación y naturaleza del complemento de productividad que se reclama, que se contempla en el artículo 23.3.c) de la Ley 30/84, tiene por finalidad retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeña su trabajo. El contenido de tal

precepto legal es reiterado en el artículo 4.III del Real Decreto 311/88, de 30 de marzo sobre Retribuciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que excluye de su percepción los supuestos en que aquellas circunstancias (especial rendimiento, actividad o dedicación extraordinaria) estén ya contempladas a través del complemento específico, señalando que su cuantía individual se determinará por el Ministerio del Interior dentro de los créditos que se asignen para esta finalidad y de acuerdo con las mismas normas establecidas para los funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/84, de 2 de agosto.

Por otra parte, el artículo 21.1.E) de la Ley 31/90, tras destacar de nuevo el carácter subjetivo de la reseñada retribución complementaria, proclama que la fijación de la cuantía individual del complemento debe realizarse de acuerdo con dos normas: 1ª) La valoración de la productividad deberá hacerse en función de circunstancias relacionadas directamente con el desempeño del puesto de trabajo y la consecución de los resultados u objetivos asignados al mismo en el correspondiente programa; 2ª) En ningún caso, las cuantías asignadas por complemento de productividad durante un período de tiempo originarán ningún tipo de derecho individual respecto de las valoraciones o apreciaciones correspondientes a períodos sucesivos.

El Real Decreto 950/2005 se refiere al Complemento de productividad en su artículo 4 del apartado c) diciendo: «Estará destinado a retribuir el especial rendimiento, la actividad y dedicación extraordinarias no previstas a través del complemento específico, y el interés o iniciativa en el desempeño de los puestos de trabajo, siempre que redunden en mejorar el resultado de estos últimos. Su cuantía individual se determinará por el Ministerio del Interior, dentro de los créditos que se asignen para esta finalidad, y de acuerdo con las mismas normas establecidas para los funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

De los preceptos citados se desprende que la asignación del complemento de productividad no debe realizarse por un mero automatismo y en atención, exclusivamente, a una descripción de funciones y cometidos equivalentes, existiendo a la hora de aplicar esta retribución un margen de discrecionalidad en la Administración, conocedora del funcionamiento de cada uno de los servicios a su cargo, potestad que alcanza a la determinación de las condiciones exigibles para el reconocimiento del derecho y al señalamiento de la cuantía de la retribución, lo que no es causa alguna de discriminación sino de trato adecuado según las circunstancias de cada caso. Por otra parte, la percepción de la retribución complementaria

en estudio no puede vincularse ni al horario o jornada de trabajo, ni a la titulación requerida para el desempeño del puesto, ni a la adquisición de los conocimientos necesarios para su realización ni, en fin, a la realización de actividades de formación o perfeccionamiento. Tales circunstancias forman parte de las especiales condiciones del puesto de trabajo y se retribuyen, cuando concurren, a través del componente singular del complemento específico».

A partir de esa doctrina se llega a la conclusión por el Tribunal de Madrid: *«A la luz de la doctrina expuesta sobre el principio de igualdad, y teniendo en cuenta la naturaleza del complemento de productividad expuesta, es como ha de examinarse la cuestión sometida a nuestra consideración, esto es, si el recurrente tiene derecho al abono de las cantidades que por el concepto de productividad percibieron los integrantes de otros contingentes destacados en misiones internacionales auspiciadas por Naciones Unidas, reclamación que, como hemos dicho, se funda en el principio constitucional de igualdad, por lo que conviene en este momento recordar que el artículo 14 C.E. solo puede invocarse cuando dándose los requisitos previos de una igualdad de situaciones entre los sujetos afectados por la norma, se produce un tratamiento diferenciado de los mismos en razón de una conducta arbitraria de los poderes públicos, tomando como base una situación de plena identidad y no de mera analogía.*

Ha de comprobarse por tanto, si en el presente supuesto se ha acreditado la concurrencia de circunstancias que revelen la existencia de una discriminación retributiva, para lo que ha de estarse a la documentación y prueba aportada por el actor, puesto que la carga de la prueba corresponde solo a éste, en aplicación de las previsiones contenidas en el artículo 1.214 del Código Civil, (hoy artículo 217 de la Ley 1/2.000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil), plenamente aplicables en el ámbito que nos movemos, pues, así lo ha declarado reiteradamente nuestro Tribunal Supremo, al recurrente, en base al viejo aforismo romano «incumbit probatio qui dicit non qui negat», le incumbe la prueba de los hechos específicamente constitutivos de su derecho, es decir, los necesarios para justificar la acción ejercitada, mientras que es el demandado quien ha de alegar y probar los hechos impositivos o extintivos, así como los que formen el supuesto de las excepciones en sentido propio.

Pues bien, el recurrente opone como término de comparación a determinados integrantes de otros contingentes que han estado comisionados en otras misiones internacionales de Naciones Unidas, distintas a la de Kosovo, UNMIK, y cita a un integrante de esta misión, que percibieron desde enero de 2.004 a marzo de 2.006 y desde octubre de 2.005 a marzo

de 2.006, una cantidad a tanto alzado por el concepto de productividad, alegando que no existe diferencia entre las distintas misiones porque se prestan en las mismas condiciones, que se exigían los mismos requisitos, por lo que estima tiene derecho a percibir esa misma cantidad.

El recurrente aportó junto con el escrito de demanda una relación de personal de la Guardia Civil que han percibido productividad, así como el importe de la cantidad respectivamente abonada, pero sin que conste en ninguno de los dos listados aportados la Misión en la que estuvieron integrados los perceptores de esas cantidades. Y propuso prueba encaminada a acreditar las causas que llevaron a percibir determinadas cantidades por productividad a distintos integrantes, que cita individualmente, de distintas misiones auspiciadas por Naciones Unidas, sin especificar qué misiones, pero solicitando se precisara este extremo por la Administración. Sin embargo, aunque esta prueba no fue debidamente cumplimentada, el actor no ha presentado escrito de conclusiones, habiéndose tenido que practicar las notificaciones en los estrados del Tribunal, y por tanto ha de concluirse que no ha opuesto reparo alguno al resultado de la prueba practicada.

El resto de la documentación aportada consiste en las convocatorias para formar parte de las Misiones de Naciones Unidas en Haití (MINUSTAH) y en Timor (UNMISET) así como la correspondiente a la que se integró el recurrente, de Kosovo (UNMIK), de la que resulta que las condiciones o requisitos exigidos fueron distintos, y así para la misión de Haití se exigía conocimiento del idioma francés, estar en posesión del permiso de conducir tipo b con mas de dos años de antigüedad, experiencia en conducción de vehículos todo-terreno, un mínimo de 8 años desde la entrada en el primer centro de formación del Cuerpo, conocimientos de informática, lo que no consta se exigiera para la de UNMIK, de la que formó parte el ahora actor.

Se ha remitido en fase de prueba un informe de fecha 17 de abril de 2.009 del Coronel Jefe Interino de la SECI en el que, tras resaltar el carácter subjetivo del complemento de productividad reclamado, pone de manifiesto, y reconoce que dicho complemento «se estuvo abonando en virtud del artículo 4 apartado III del Real Decreto 311/1998 de 30 de marzo, y con la publicación del Real Decreto 950/2005 de 29 de julio de Retribuciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (apartado 5 de la Disposición Adicional cuarta, referida a las retribuciones del personal que participe o coopere en asistencia técnica policial, operaciones de mantenimiento de la paz y seguridad), se comenzó a aplicar la citada normativa de 2.005 hasta la actualidad».

Pues bien, al haber estado comisionado el ahora actor de agosto de 2.005 a agosto de 2.006 en la referida misión, debiera serle en principio de aplicación lo previsto en dicha Disposición Adicional Cuarta, cuyo apartado 5 dice: «El personal del Cuerpo de la Guardia Civil que participe en este tipo de operaciones formando parte de contingentes militares percibirá la indemnización a que se refiere el artículo 17 del Reglamento de Retribuciones del Personal de las Fuerzas Armadas, aprobado por el Real Decreto 662/2001, de 22 de junio, con cargo a los créditos del Ministerio de Defensa específicamente aprobados para estas operaciones. Para el cálculo de la cuantía se tendrán en cuenta las retribuciones básicas y complementarias reguladas en este Real Decreto».

Y este artículo 17 dice: «El personal de las Fuerzas Armadas que participe o coopere en operaciones de mantenimiento de la paz, humanitarias o de evacuación de personas en el extranjero, percibirá las retribuciones básicas y complementarias de carácter general que le correspondan según su empleo y, en su caso, el componente singular del complemento específico del destino, así como una indemnización, que retribuirá las especiales condiciones en que desarrolla su actividad el personal militar participante en las mismas, durante su permanencia en territorio extranjero. Dicha indemnización la determinará el Ministro de Defensa, previo informe del Ministro de Hacienda, en función del tipo de misión y del país o países en que se desarrolle la misma, y será incompatible con las indemnizaciones por razón del servicio previstas en el Real Decreto 236/1988, de 4 de marzo, sobre Indemnizaciones por Razón del Servicio, abonándose con cargo a los créditos específicamente aprobados para estas operaciones. Su importe se fijará para cada empleo mediante la suma de tres conceptos: complemento de dedicación especial; un porcentaje, como máximo, del 100 por 100 de la indemnización de residencia eventual, y un porcentaje, como máximo, del 100 por 100 del sueldo, complemento de empleo y componente general del complemento específico. Las cuantías de este concepto retributivo se abonarán con periodicidad mensual, pero se devengarán por días».

No se prevé por tanto una retribución específica por el concepto de productividad, y, aunque no está tampoco expresamente excluida al tratarse de una retribución complementaria, es lo cierto que no consta la orden por la que el ahora actor fue comisionado la obligación por parte de la Administración de abonarla, y en el anuncio de la comisión, anterior a la entrada en vigor de la normativa referida, solo se decía respecto a los devengos que sería de aplicación el Real Decreto 462/2002 sobre indemnizaciones por razón de servicio.

En definitiva, del conjunto de la documentación que obra en Autos, y dado que la pretensión actora se funda en el principio de igualdad, no puede deducirse la existencia de la discriminación retributiva que se alega, puesto que no se acredita que los requisitos para formar parte de los contingentes fueran iguales, sino que para cada Misión se exigían unos, y al menos esta diferenciación existía entre la Misión de Haití y la de Kosovo, y no se ha acreditado que las funciones desempeñadas, peligrosidad, rendimiento, actividad extraordinaria llevadas a cabo en cada contingente de los que se citan, hayan sido equiparables.

El hecho, acreditado, de que se haya abonado de 2.004 a marzo de 2.006 una cantidad por el concepto de productividad a determinados funcionarios de la Guardia Civil en misiones internacionales, no es suficiente a los efectos pretendidos, puesto que para apreciar la discriminación retributiva que se denuncia, debiera haberse acreditado la total identidad entre las distintas misiones internacionales en los aspectos referidos, sin que pueda olvidarse en cualquier caso la naturaleza subjetiva e individual del complemento en cuestión, y es lo cierto que tal acreditación no se ha conseguido por el ahora actor, quien, como hemos dicho, no ha rebatido el resultado de la prueba practicada o la insuficiencia de la misma en relación con la propuesta, siendo así que corría a cargo del actor la carga de tal acreditación.

En cualquier caso debe señalarse que la Sección ha tenido ocasión de conocer por otros recursos resueltos sobre reclamaciones de funcionarios de la Guardia Civil en misiones internacionales, que estas cantidades fueron abonadas por la Administración por el concepto de productividad, debido a la discriminación retributiva existente entre los miembros de una misma Misión o contingente, al abonarse mayores retribuciones totales a los miembros de la Policía que a los de la Guardia Civil, esto es, por comparación entre los miembros de un mismo contingente o Misión, discriminación que se pretendió eliminar después con el Real Decreto 950/2005.

Pero, en el caso que ahora nos ocupa se pretende la equiparación retributiva entre un funcionario de la Guardia Civil en la misión de Kosovo, y funcionarios pertenecientes a otras misiones internacionales distintas, sin hacer referencia alguna el actor a la eventual diferencia retributiva entre los distintos miembros de ese mismo contingente, Policías y Guardia Civil. Únicamente cita a un funcionario, al que relevó pero respecto del cual tampoco se ha acreditado que perteneciera a su contingente, por lo que tampoco sirve como término de comparación.

Por tanto, en el mismo sentido que acordamos en la Sentencia de 31 de marzo del presente año en el recurso nº 601/07 de esta Sección, siendo

evidente que las condiciones de cada misión internacional serán distintas, resultando distintos los requisitos que se exigieron para participar en cada una, no constando a qué misión pertenecen los funcionarios de la Guardia Civil que efectivamente han percibido el complemento, resultando que la disposición adicional cuarta, apartado 5 del Real Decreto 950/05 no contempla el abono del complemento de productividad, y dado que, en definitiva se reclama una cantidad abonada por el concepto de productividad, siendo así que este complemento tiene un marcado carácter individualista y subjetivo, en el que han de ponderarse los criterios anteriormente referidos a valorar en cada caso por la Administración de acuerdo con las pautas señaladas en las normas vigentes, no se puede acceder a la pretensión actora, al no resultar acreditada la existencia de la discriminación retributiva que se denuncia, por lo que solo cabe concluir la desestimación del presente recurso».

REQUISITOS DE TALLA PARA EL INGRESO EN LAS FUERZAS ARMADAS

STSJ, sección 3ª, de Andalucía, sede de Granada, de 21 de junio de 2010, recurso: 1949/2004

Ponente: BEATRIZ GALINDO SACRISTÁN

La Sentencia estudia el requisito de talla mínima exigido para el ingreso en las Fuerzas Armadas para terminar estimando el recurso interpuesto por una aspirante al Cuerpo Militar de Sanidad, lo que llevó a la Sala al planteamiento de la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la Orden 3407/2003 de 27 de noviembre publicada en BOD de 11 de diciembre por aplicación del artículo 27 LJCA.

Tal como se establece en la misma:

«Se trata ahora de examinar si las condiciones de aptitud establecidas en la convocatoria por remisión a la Orden de 27 de noviembre de 2003, vulneran el derecho a la promoción interna de la actora mediante la participación en las pruebas selectivas para el ingreso en la Escuela Militar de Sanidad Escala Superior de Oficiales convocadas para cubrir entre otras 3 plazas para la especialidad de psicología, y ello por la introducción de una causa de exclusión que pudiera ser contraria al principio de mérito y capacidad.

El art. 23.2 CE, al reconocer a los ciudadanos el derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas con los requisitos que señalen las Leyes, concreta el principio de igualdad en el ámbito de

la función pública y no confiere derecho alguno a desempeñar funciones determinadas, sino que garantiza a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso a las funciones públicas, con la consiguiente imposibilidad de establecer requisitos para acceder a las mismas que tengan carácter discriminatorio y otorga un derecho de carácter puramente reaccional para impugnar ante la justicia ordinaria, y, en último extremo, ante el Tribunal Constitucional toda norma o aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad (como indican, entre otras, las SSTC 50/1986, de 23 de abril; 148/1986, de 25 de noviembre; 193/1987, de 9 de diciembre; 200/1991, de 13 de mayo; 293/1993, de 18 de octubre; 353/1993, de 29 de noviembre y 73/98 de 31 de marzo), pudiéndose concretar la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional en un derecho a la predeterminación normativa del procedimiento de acceso a las funciones públicas. En este sentido, con carácter general la Constitución reserva a la Ley y, en todo caso, al principio de legalidad, entendido como existencia de norma jurídica previa, la regulación de las condiciones de ejercicio del derecho, lo que entraña una garantía de orden material que se traduce en la imperativa exigencia de predeterminar cuáles hayan de ser las condiciones para acceder a la función pública de conformidad con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, que sólo pueden preservarse y, aun antes, establecerse mediante la intervención positiva del legislador, resultando esta exigencia más patente y de mayor rigor e intensidad en el caso de acceso a la función pública que cuando, dentro ya de la misma, se trata del desarrollo y promoción de la carrera administrativa.

Desde esta perspectiva, se entiende que la preexistencia y predeterminación de las condiciones de acceso, forma parte del derecho fundamental en cuanto constituye su soporte y puede ser aquí invocada cuando vaya inescindiblemente unida a la posible vulneración de las condiciones materiales de igualdad de mérito y capacidad (como subrayan, entre otras, las SSTC 48/1998, de 2 de marzo, y 73/1998, de 31 de marzo).

En este caso puede afirmarse que estamos en un proceso de selección para acceder a una relación de servicios de carácter permanente, por lo que las exigencias derivadas de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad juegan con el máximo rigor e intensidad.

Así la Ley 17/99 de régimen de personal de las Fuerzas Armadas en el artículo 43 establece que los militares de complemento, con una relación de servicios de carácter exclusivamente temporal, completan las plantillas de Oficiales de las Fuerzas Armadas en los porcentajes adecuados para una eficiente gestión de los recursos.

Los militares de complemento quedarán adscritos a un Cuerpo militar, salvo en los Cuerpos de Ingenieros y en el Cuerpo Militar de Sanidad en los que se hará a la Escala Superior de Oficiales o, según corresponda, a la Escala Técnica de Oficiales o a la Escala de Oficiales, en función de las titulaciones exigibles para el acceso a cada una de ellas.

Los militares de complemento, para acceder a una relación de servicios de carácter permanente, tendrán que optar a las plazas que se convoquen para el ingreso en los centros docentes militares de formación en la provisión anual a la que se refiere el art. 21, por los procedimientos que se especifican en el capítulo II del Título V y con las condiciones específicas de promoción interna establecidas en el art. 66 de la presente Ley.

Los empleos de los militares de complemento son los de Alférez, Teniente y Capitán, cualquiera que sea el Cuerpo y Escala de adscripción».

A partir de aquí, se dice en la citada Sentencia: «Aun cuando el art. 14 CE contiene un mandato de tratamiento igual a las situaciones iguales y una explícita proscripción de cualquier discriminación por razón de raza, sexo, religión, opinión «o cualquier otra circunstancia personal o social», no implica que en todos los casos haya de depararse un tratamiento igual con independencia de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica (STC 22/1981, de 2 de julio), lo que suscita la cuestión de si cabe atender a la talla de los aspirantes como elemento diferenciador a la hora del acceso a la función pública.

Aunque no hay antecedentes sobre el tratamiento de este concreto elemento diferenciador, cabe atender a los criterios establecidos por nuestro TC, en relación a otro criterio diferenciador como es la edad de los aspirantes. Aunque ni la edad (circunstancia tratada por diversas Sentencias del TC, TS y Tribunales Superiores de Justicia) ni la talla son de las circunstancias enunciadas normativamente en el art. 14, no debe interpretarse este precepto de forma restrictiva pues no incorpora una lista cerrada que excluya cualquiera otra de las precisadas en el texto legal, pues en la fórmula del indicado precepto se alude a cualquier otra condición o circunstancia personal o social, carácter de circunstancia personal que debe predicarse de la talla; de modo que es una de las circunstancias comprendidas en el art. 14 y en el art. 23.2, desde la perspectiva excluyente de tratos discriminatorios.

Así cabe remitirnos a la doctrina establecida en la STC 75/1983, de 18 de agosto, que declaró la constitucionalidad del requisito para participar en un procedimiento selectivo de no rebasar la edad de sesenta años, razonando que «Sólo le resulta posible al legislador, en adecuada opción legislativa, establecer para los ciudadanos un trato diferenciado,

cuando tenga que resolver situaciones diferenciadas fácticamente con mayor o suficiente intensidad, que requieran en su solución por su mismo contenido una decisión distinta, pero a tal fin resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia deba aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente por ello una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, y dejando en definitiva al legislador con carácter general la apreciación de situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente, siempre que su acuerdo no vaya contra los derechos y libertades protegidos en los arts. 53.1 y 9.3 CE, ni sea irrazonada, según deriva todo ello de la doctrina establecida por este Tribunal Constitucional en las SS 10 julio 1981, 14 julio 1982 y 10 noviembre este último año, así como de las SS 23 julio 1968 y 27 octubre 1975 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos».

La STC 37/2004, de 11 de marzo, declaró que el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas no prohíbe que el legislador pueda tomar en consideración la edad de los aspirantes, o cualquier otra condición personal. En efecto, «en cuanto la edad es en sí un elemento diferenciador será legítima una decisión legislativa que, atendiendo a ese elemento diferenciador, y a las características del puesto de que se trate, fije objetivamente límites de edad que suponga, para los que la hayan rebasado, la imposibilidad de acceder a estos puestos» (STC 75/1983, de 3 de agosto).

Sin embargo, aunque es constitucionalmente admisible establecer elementos diferenciadores, es necesario que exista justificación objetiva, razonable y proporcional a la finalidad de la limitación impuesta, y corresponde a la Administración demandada la carga de ofrecer los argumentos sobre el diferente tratamiento de los aspirantes en función de tal elemento, ya que desde la perspectiva del art. 23.2 CE, en la medida en que las normas de acceso a la función pública incorporan un requisito relacionado con la talla, que no guarda relación con los principios de mérito y capacidad constitucionalmente establecidos (art. 103.3 CE), deben argumentar su razonabilidad.

Y es este juicio de razonabilidad el que se encuentra ausente en la argumentación de la demandada quien justifica la limitación impuesta en la convocatoria exclusivamente en el hecho incontestable de estar prevista en la Orden del Ministerio de Defensa de 27 de noviembre de 2003, argumento de todo punto insuficiente porque restringe, indebidamente, el derecho de acceso a aspirantes que pueden presentar, potencialmente, mayores mé-

ritos y capacidad, sin ofrecer argumentos relacionados con las funciones del puesto que pudieran justificar la proporcionalidad de la medida.

Resulta conveniente tener presente la Directiva 2000/78 / CE del Consejo, de 27 de diciembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOCE 303/2000, de 2 de diciembre), que ha sido objeto de transposición por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

La Directiva tiene por objeto establecer el marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación con el fin de que en los Estados Miembros se aplique el principio de igualdad de trato (art.1), principio que se equipara a la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en los anteriores motivos (art.2). Es aplicable a todas las personas tanto en el sector público como en el privado (art.3) aunque los Estados pueden exceptuar las fuerzas armadas por lo que respecta a la edad (art.3.4).

La citada Directiva fue objeto de transposición al ordenamiento interno por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales administrativas y del orden social, estableciendo medidas para la aplicación real y efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación, en particular por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. En lo que aquí importa, su art. 34 contempla las medidas para que el principio de igualdad de trato y no discriminación sea real y efectivo, entre otros casos, en el acceso al empleo, disponiendo el segundo párrafo de su número 2 que:

Las diferencias de trato basadas en una característica relacionada con cualquiera de las causas a que se refiere el párrafo anterior (origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual) no supondrán discriminación cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.

Aunque la misma excepción prevista en el artículo 3.4 de la Directiva pudiera aplicarse con relación a otros factores diferenciadores en el ámbito de las fuerzas armadas que nos ocupa, sin embargo no podría obviarse la oportuna justificación objetiva y razonable, la finalidad legítima que se persigue, que en el caso que nos ocupa no existe, no solo por no haber sido ofrecida por la demandada, sino porque no resulta tampoco fácilmente de-

ducible del ámbito en el que se desenvuelve el desarrollo de las funciones del aspirante excluido, en este caso, militar con especialidad de psicología.

La Orden que indirectamente ha de entenderse impugnada no establece distinción alguna que permita obtener directamente la justificación del trato desigual que se ofrece a los aspirantes por razón de estatura en bipedestación, menos aún cuando algunos de los aspirantes como la actora, ha venido prestando servicios de psicóloga en el Ejército con plena normalidad durante más de diez años.

La citada Ley viene a incorporar al ordenamiento positivo la doctrina constitucional estableciendo en síntesis el principio de igualdad de trato y no discriminación en el acceso al empleo; el reconociendo de determinados factores típicos de discriminación junto a los señalados por el art. 14 CE; siempre y cuando esté justificado objetivamente por la naturaleza de las funciones a desempeñar y resulte proporcionado; y la atribución de la carga de la prueba de la justificación y proporcionalidad de la diferenciación a la Administración.

Ni siquiera en el terreno de las hipótesis, podríamos hablar de limitación o de una supuesta incapacidad para el desempeño de la función de la actora en atención a la talla por lo que al menos con respecto a determinados aspirantes la fijación del límite de talla es totalmente incoherente.

Además cabe añadir que la propia convocatoria prescribe como pruebas de selección las físicas y de carácter médico, que son las que realmente determinarían la posible incapacidad, pero en todo caso debe insistirse en que incumbía a la Administración la carga de demostrar la existencia de esas razones objetivas y legítimas que han de concurrir en una diferencia de trato para que no sea discriminatoria y cubra el canon de constitucionalidad que significa el principio de igualdad (artículo 14 CE), ya que los requisitos de idoneidad o las condiciones de los aspirantes para el acceso al puesto de trabajo considerado deben ir referidas a asegurar que aquéllos disfrutan, ostentan, poseen y reúnen los requisitos de aptitud técnica, física o profesional necesarios para un adecuado desempeño de las funciones legalmente atribuidas a dichos puestos por la Ley y por la Relación de Puestos de Trabajo de la Administración competente.

Por último la propia Administración derogó la Orden DEF/3704/2003, de 27 de noviembre, por la que se aprueban las normas por las que han de regirse los procesos selectivos de acceso a las enseñanzas de formación para la incorporación a la Escala Superior de Oficiales y a la Escala de Oficiales del Cuerpo Militar de Sanidad cuya legalidad se cuestiona ahora, precisamente con la finalidad de «eliminar cualquier obstáculo que impida o dificulte la primacía del mérito y la capacidad en la progresión

profesional de sus componentes, eliminando el parámetro de talla mínima en bipedestación de los cuadros médicos de exclusión para los procesos selectivos de promoción interna y cambio de cuerpo en las Fuerzas Armadas».

Ello ocurrió mediante la ORDEN DEF/638/2005, de 14 de marzo, por la que se establece nuevo parámetro biológico en las normas por las que han de regirse los procesos selectivos por promoción interna y cambio de Cuerpo para el acceso a las enseñanzas de formación para la incorporación a los diferentes Cuerpos Específicos de los Ejércitos y Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas que dispuso que «A los militares profesionales, en los procesos selectivos por promoción interna y cambio de cuerpo, no les será de aplicación el parámetro biológico de la talla en bipedestación inferior a 160 cm del cuadro médico de exclusiones que acompaña a las Órdenes Ministeriales que sean de aplicación».

RÉGIMEN DE PERSONAL CIVIL DEL MINISTERIO DE DEFENSA

CATÁLOGO DE PUESTOS DE TRABAJO DEL INSTITUTO SOCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS

STS, sección 7ª, de 27 de Julio de 2010, recurso: 6075/2007.

Ponente: JOSÉ DÍAZ DELGADO

La Sala del Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra sentencia del Tribunal Superior de Justicia que estimó el recurso contencioso-administrativo promovido por un Sindicato contra el Acuerdo de la Comisión Ejecutiva de la Comisión Interministerial de Retribuciones por el que se aprobó el nuevo Catálogo de Puestos de Trabajo del Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS), declarando su nulidad por no haber sido objeto de negociación colectiva.

Tal como se recoge en la Sentencia citada: *«el artículo 2.1.a) de la ley 9/1987, entonces vigente: «1. Quedan excluidos de la presente Ley: a) Los miembros de las Fuerzas Armadas y de los Institutos Armados de carácter militar». Es evidente que aquí se establece una excepción subjetiva y no objetiva, pues incluso en la referencia a los Institutos Armados de carácter militar, se refiere a los miembros de éstos, y la sentencia no afirma que el personal militar del ISFAS no esté excluido, sino que afirma que quien no está excluido es el personal no militar, que según sostiene la recurrente en casación son 324 de carácter funcional, frente a 255 de carácter militar.*

Por otra parte, en el vigente Estatuto del Empleado Público también se establece una excepción subjetiva en el artículo 4 letras d), personal militar de las Fuerzas armadas, o e), personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

En consecuencia, aparte de que ni siquiera la recurrente mantiene que el ISFAS sea un Instituto Armado, sino que tan solo entiende que es un establecimiento militar, por cuanto tiene sedes dentro de este tipo de establecimientos, es evidente que el personal afectado por la sentencia no es el militar perteneciente al ISFAS, y también lo es que en principio como sostiene acertadamente la sentencia recurrida, estamos ante un organismo autónomo, que presta funciones de apoyo en materia de Seguridad Social a las Fuerzas Armadas. En consecuencia, no discutiéndose que no ha existido ningún tipo de negociación en el catalogo de puestos de trabajo impugnados, entre los representantes de los funcionarios civiles del ISFAS y la Administración, ha de mantenerse la sentencia recurrida, con desestimación del presente recurso de casación».

CUESTIONES PROCESALES.

COMPETENCIA EN MATERIA DE RECLASIFICACIÓN DE CUERPOS Y ESCALAS
Y RECONOCIMIENTO Y ABONO DE LAS RETRIBUCIONES CORRESPONDIENTES

STS, sección 1ª, de 16 de diciembre de 2010, recurso: 76/2010.

Ponente: JOSÉ MANUEL SIEIRA MIGUEZ

El Tribunal Supremo resuelve la cuestión negativa de competencia suscitada entre un Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo y un Tribunal Superior de Justicia en relación con el recurso contencioso-administrativo formulado contra resolución de la Secretaría de Estado para la Administración Pública que declara inadmisibles los recursos de alzada interpuestos contra escritos informativos de la Dirección General de la Función Pública denegatorios de las peticiones de determinados funcionarios de reclasificación de los Cuerpos y Escalas y reconocimiento y abono de las retribuciones correspondientes, atribuyendo la misma al Tribunal Superior de Justicia al ser la actuación originariamente impugnada una cuestión de personal y proceder de la Dirección General de la Función Pública, órgano de la Administración General del Estado cuya competencia se extiende a todo el territorio nacional y con nivel orgánico inferior al de Ministro o Secretario de Estado.

Según los razonamientos de la expresada sentencia: «*la actuación originariamente impugnada resulta claramente catalogable como cuestión de personal y procede de la Dirección General de la Función Pública, órgano de la Administración General del Estado cuya competencia se extiende a todo el territorio nacional y con nivel orgánico inferior al de Ministro o Secretario de Estado, es evidente que la competencia ha de corresponder a la Sala de esta Jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, ex artículo 10.1.i), en relación con los artículos 9.c) y 13. a) y c) LRJCA, ante la que la recurrente interpuso el recurso, ejercitando, así, la opción prevenida en el art. 14.1, regla 2ª, de la propia Ley, y no al Juzgado Central antes mencionado*».

JURISPRUDENCIA DE LA SALA V DEL TRIBUNAL SUPREMO

CASACIÓN PENAL

1.- EFICACIA DEL SERVICIO CON RESULTADO DE LESIONES. IMPRUDENCIA EN EJERCICIO DE TIRO. NEXO CAUSAL. CONCURRENCIA DE COMPORTAMIENTOS IMPRUDENTES. COSTAS DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR.

Sentencia de fecha: 15 enero 2010.
Recurso de Casación Penal 101/24/2009.
Ponente: D. Francisco Menchén Herreros.

HECHOS

Los hechos por los que finalmente fueron condenados los hoy recurrentes –Alférez y Sargento en aquel momento –, tuvieron lugar en el curso de unos ejercicios de tiro con ametralladora coaxial al cañón de un carro de combate.

Como quiera que en el desarrollo de tal actividad en el carro cuya jefatura ostentara el oficial a la sazón condenado, se habían producido una serie interrupciones de la ametralladora coaxial del mismo, y, no obstante haber sido habilitado a las órdenes del Comandante Jefe de Tiro un Suboficial especialista en armamento cuya misión era solventar los problemas que pudieran presentarse en relación con el armamento, el Alférez a la sazón hoy recurrente, ordenó, no sin antes expresar “sin novedad” en la dación de cuenta del ejercicio a su cadena de mando, al suboficial integrante de la dotación de otro carro revisar la ametralladora en cuestión.

Tras una serie de manipulaciones del arma dentro del carro, la misma fue llevada al exterior a solicitud de otro suboficial –segundo recurrente ante esta Sala- quien tras llevar la palanca de montar hacia atrás en varias ocasiones, produjo un disparo de proyectil, de trayectoria indeterminada que alcanzó a un soldado componente de la dotación de otro carro de combate que se hallaba en la zona de descanso, causándole heridas graves.

Tanto el entonces Alférez como el último suboficial referenciado fueron condenados como autores responsables de un delito contra la eficacia del servicio previsto y penado en el artículo 159 del Código Penal Militar a la pena de tres meses y un día de prisión respectivamente, así como en concepto de responsabilidades civiles a pagar cada uno por mitad, y, subsidiariamente de lo correspondiente al otro, diversas cantidades entre las que cabe citar las costas de la acusación particular.

Ambos condenados formalizaron sendos recursos de casación ante esta Sala.

DOCTRINA DE LA SALA.

1. Se aborda la problemática del nexo causal en los delitos imprudentes y su ubicación dentro de los elementos del delito, conforme a la dogmática penal moderna recordando a este fin la doctrina de esta Sala.

Se reitera que la determinación del nexo causal, a diferencia de los ámbitos laboral y civil, ha de hacerse con sujeción a criterios normativos y no estrictamente causales, de ahí que el nexo causal se integre en la tipicidad, por lo que de no apreciarse dicho vínculo la acción en concreto juzgada será atípica por irrelevante desde una perspectiva normativa.

2.- El problema a resolver en el supuesto examinado era si entre las conductas del oficial y el Suboficial mencionados, y, las heridas del Soldado gravemente lesionado existió o no un nexo causal en el sentido antes dicho.

En relación con el Alférez, se aprecia, desde una perspectiva causalista de orden natural y de acuerdo con la teoría de la equivalencia de las condiciones, un evidente nexo causal entre la conducta del recurrente y el resultado producido.

Concurren, además, atendidos los hechos probados, los criterios no excluyentes que confirman la existencia de nexo causal entre la conducta del entonces Alférez y el resultado producido, porque efectivamente la conducta de éste produce un aumento del riesgo, al permitirse que en una zona de descanso, en la que confluían los vehículos con sus correspondientes dotaciones, se manipule un arma sin haberse cerciorado que no se encontraba municionada; porque la norma por la que el ejercicio se regía fue incumplida por el Oficial; porque su actuación fue determinante para la producción del

resultado lesivo, convirtiéndose en causa coeficiente para tal resultado; y, finalmente, porque resultó trascendental para la producción del resultado la omisión de las medidas de seguridad por su parte, Oficial al mando de su Sección y por tanto, primer responsable en el cumplimiento de las normas de seguridad que para un ejercicio de ese tipo, se deben exigir y cumplir.

En cuanto al segundo recurrente, la acción imprudente resuelta, consiste esencialmente, en la omisión del deber objetivo y subjetivo, de cuidado exigible en cada caso y exige una acción u omisión voluntaria; la creación con dicha acción u omisión de un riesgo previsible y evitable; la infracción de una norma de cuidado; y la producción de un resultado dañoso. No existe baremo o reglas genéricas sobre la diligencia que deba desplegarse en el ejercicio de actividades determinadas, con lo que habrá de estarse a las circunstancias propias del caso de que se trate y de las posibilidades personales del sujeto activo, de manera que la diligencia que se adopte sea siempre la adecuada para evitar la producción del resultado lesivo o dañoso.

La Sala considera que dicho Suboficial coacusado infringió las más elementales «normas de cuidado» al manipular la ametralladora cuyo disparo produjo el resultado lesivo y que se mueven en un doble plano: Porque manipuló el arma «cuando no tenía la seguridad de que estaba cargada» o descargada y porque manipuló el arma «en zona que no era la adecuada por haber personas y vehículos alrededor», o, cuanto menos, cerca.

3. El pago de las costas ocasionadas por la acusación particular es una cuestión civil que, desde el punto de vista procesal, está sujeta al principio de rogación, que supone la necesidad de la previa formulación de la pretensión como requisito «sine qua non» para conocer de ella y abrir así la posibilidad de su estimación, previo el debate correspondiente

2.- INDEFENSIÓN MATERIAL. PRIVACIÓN AL RECURRENTE DE INTERVENIR EN FASE DE INSTRUCCIÓN CON ASISTENCIA LETRADA DE SU ELECCIÓN. NULIDAD DE ACTUACIONES.

Sentencia de fecha: 25 de enero de 2010.

Recurso de Casación Penal 101/78/2009.

Ponente: D. Javier Juliani Hernán.

HECHOS.

Señala la recurrente que se vio privada de intervenir en fase de instrucción con la asistencia del Letrado de su libre elección y de proponer

la prueba que en su defensa considerara oportuna y que, posteriormente, la renuncia del abogado del turno de oficio designado ante el órgano instructor y el nombramiento de una nueva Letrado de oficio ante el Tribunal sentenciador, sin que la recurrente supiera nada de esta segunda designación, conllevó el que no se propusieran las pruebas para el acto de la vista necesarias para poder probar la existencia de circunstancias en la condición psicofísica de la acusada, que hubieran permitido la modificación de la responsabilidad penal u otras que pudieran conllevar su absolución por el delito que se le imputaba.

Aunque no resulta de las actuaciones que la recurrente mostrara oposición u objeción alguna a la intervención del Letrado de oficio en su primera declaración ante el Juez instructor, cabe inferir que la recurrente admitió entonces la asistencia del referido Letrado de oficio tan sólo en su calidad de detenida, y dada la imposibilidad médica de su abogado, pero sin que de tal hecho quepa desprender su renuncia a la intervención en su defensa del Letrado por ella designado, a quien resulta evidente que había otorgado su confianza.

Así las cosas, formuladas conclusiones provisionales y solicitada la apertura del juicio oral, el Juzgado Togado, acordó por providencia, remitir los Autos al Tribunal Militar Territorial enjuiciador, sin llegar a emplazar al Letrado de oficio que había intervenido hasta ese momento.

El referido Tribunal, por Auto acordó la apertura del juicio oral, constando sin más la designación por el Colegio de Abogados del término municipal en el que vivía la acusada de una nueva letrada de oficio, que evacuó el escrito de conclusiones provisionales, sin que, como se deduce de las propias actuaciones, llegara a ponerse en contacto con la acusada y sin que ésta conociera tal designación, ni tuviera oportunidad de conocerla antes de que se formulara tal escrito por la letrada de oficio o de que el Tribunal se pronunciara sobre la admisión de las pruebas propuestas por las partes.

El Tribunal Supremo estima el recurso ordenando retrotraer las actuaciones al objeto de dar traslado de las mismas al letrado inicialmente designado, para que, evacuara las conclusiones provisionales de la defensa, debiéndose en su momento celebrarse la vista oral por el Tribunal sentenciador con distinta composición a la mantenida en el anterior enjuiciamiento.

DOCTRINA DE LA SALA.

1. Examina la Sala si efectivamente se ha respetado en las actuaciones el derecho de la recurrente a la libre designación del Letrado de su confianza y si, como pretende, la no intervención del Letrado de su elección ha

provocado en alguna fase del proceso la indefensión que invoca, sin que la misma deba ser imputada a esta parte.

Entre el conjunto de garantías que integran el derecho a un proceso justo, se incluye el derecho a la defensa y asistencia de letrado, que el artículo 24.2 de la Constitución refiere expresamente al proceso penal, pero que alcanza al resto de los procesos.

La libre designación de abogado prima siempre -salvo muy excepcionales circunstancias que permitan su restricción- sobre la asignación de oficio.

En el proceso penal el órgano judicial habrá de proceder a nombrar al imputado o acusado o condenado un Letrado del turno de oficio tan sólo en los casos en los que, siendo preceptiva su asistencia, aquél, pese a haber sido requerido para ello, no hubiese designado Letrado de su elección o pidiese expresamente el nombramiento de uno de oficio, así como en los supuestos en que, siendo o no preceptiva la asistencia de Letrado, carezca de medios económicos para designarlo y lo solicite al órgano judicial o éste estime necesaria su intervención.

2. Desde la primacía que debe otorgarse a la defensa libremente elegida respecto de aquella que se procura de oficio, no cabe sino corroborar que en el presente caso -como sostienen la recurrente y el Ministerio Público- los órganos judiciales que intervinieron en las actuaciones no llegaron a tener en cuenta los repetidos datos que en éstas demostraban la existencia de un Letrado en el que la acusada había depositado su confianza para gestión de sus asuntos y había manifestado cuando menos su interés para que se hiciera cargo de su defensa, constando que había actuado ya dicho Letrado anteriormente a la detención de la inculpada en su interés.

Pero es que, además, y como apuntan el recurrente y el Fiscal Togado, la defensa letrada designada de oficio no llegó a procurar a la inculpada una defensa eficaz, especialmente a partir de la apertura del juicio oral. Las escuetas conclusiones provisionales de la defensa que se formularon por la letrada de oficio vinieron limitadas a una oposición meramente formal al correlativo escrito del Fiscal: negando sin más la existencia del delito y la autoría de la acusada, y limitándose a hacer suya la prueba propuesta por el Ministerio Público.

La obligación de designar un Abogado del turno de oficio no se satisface por el simple nombramiento, pues de dicho precepto, al utilizar la expresión «asistencia» se infiere que lo que el Convenio de Roma dispone es que el acusado ha de gozar de una asistencia técnica efectiva (art. 6.3.c del Convenio de Roma).

3.- ABANDONO DE DESTINO. SITUACIÓN DE ENFERMEDAD QUE NO JUSTIFICA LA AUSENCIA POR NO ADECUARSE AL MARCO NORMATIVO REGULADOR DEL DEBER DE PRESENCIA. LA JUSTIFICACIÓN INCUMBE AL ACUSADO.

Sentencia de fecha: 04 de febrero de 2010.

Recurso de Casación penal 101/71/2009.

Ponente: D. Fernando Pignatelli Meca.

HECHOS.

El Tribunal de instancia declaró probado que el acusado se hallaba de baja médica, por traumatismo lumbar, con obligación de someterse a revisión por los servicios Sanitarios de su Unidad el 29.10.2007, no efectuándolo hasta el siguiente 04.01.2008. Durante el periodo de ausencia el acusado presentó un trastorno adaptativo mixto, con alteración de la conducta y emociones con ligera disminución de sus facultades volitivas, lo que hubiera motivado la concesión de su baja laboral.

En base a los anteriores hechos se le condenó como autor del delito de Abandono de destino (art. 119 CPM), con apreciación de la eximente incompleta de alteración psíquica (arts. 20.1º y 21ª CP), imponiéndole la pena de tres meses y un día de prisión. Recurre en Casación y se desestima el Recurso.

DOCTRINA DE LA SALA.

1. La expresión típica referida a la injustificación de la ausencia de la unidad o destino, constituye elemento objetivo normativo de la figura punible de Abandono, que no se identifica con la concurrencia de las causas de justificación que excluyen la antijuridicidad de la conducta. Lo injustificado es lo que se produce en desacuerdo con el marco normativo, legal y reglamentario, regulador del deber de presencia de los militares representado básicamente, en lo que se refiere a las situaciones de enfermedad, por la Instrucción 169/2001, de 31 de julio, de la Subsecretaría del Ministerio de Defensa. Cuando la ausencia está justificada no es que deje de ser antijurídica sino que falta el requisito de la tipicidad. La alegación y prueba de dicho extremo, esto es, la justificación de la ausencia por más de tres días, corresponde al acusado por ser éste quien, de ordinario, dispondrá de los medios probatorios incumbiendo a la acusación acreditar los hechos objetivos de la proposición típica, es decir, la duración de la ausencia y la falta de autorización que la ampare.

2. Se trata de un delito doloso en que se actúa con conocimiento de los elementos objetivos del tipo y actuando en función de dicho conocimiento, sin necesidad de adicionales elementos subjetivos del injusto en cuanto a la intención perseguida por el autor, por lo que basta para colmar el tipo subjetivo la concurrencia del denominado dolo genérico o neutro.

3. El bien jurídico que se protege es el deber de presencia y disponibilidad de los militares mediante el correspondiente control a través de los mandos, como requisito esencial para que las Fuerzas Armadas puedan cumplir las misiones que tienen encomendadas. La disponibilidad resulta exigible también en las situaciones de baja temporal por enfermedad y lo contrario, es decir, colocarse en situación que impide la localización y el control no constituye un simple incumplimiento formal y de ámbito disciplinario de la normativa vigente en materia de bajas médicas, sino que vulnera aquellos deberes esenciales con consecuencias punibles.

4.- ABUSO DE AUTORIDAD. MALTRATO DE OBRA A UN INFERIOR. EFECTO VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA.

Sentencia de fecha 22 de abril 2010.
(Recurso de Casación 101/15/2010).
Ponente: D. Fernando Pignatelli Meca.

HECHOS.

La acusada era Cabo del Ejército que ante la negativa de un Soldado a saludarla formalmente, se encaró con éste y le propinó dos golpes de poca entidad en el pecho. Posteriormente de nuevo le reprendió y se enzarzaron en un forcejeo de resultados del cual el Soldado presentó un enrojecimiento leve en el pecho.

El Tribunal Territorial dictó Sentencia absolutoria que fue recurrida por la Fiscalía Togada. Se estima el Recurso.

DOCTRINA DE LA SALA.

1. En la medida en que el Tribunal sentenciador sostiene la “eventual inconstitucionalidad” del inciso primero del art. 104 CPM., y que la doctrina legal hasta ahora efectuada sobre dicho precepto “no es en modo alguno la única posible”; tales afirmaciones merecen la desaprobación de la Sala por dos razones. La primera porque el Tribunal de instancia argumenta básicamente sobre las razones ya utilizadas en el año 2003, para plantear cuestión

de inconstitucionalidad de dicha norma penal, la cual fue inadmitida a trámite según Auto del Tribunal Constitucional 63/2004, de 24 de febrero, en que el supremo intérprete de la Norma Fundamental se pronunció “obiter dicta” sobre la constitucionalidad cuestionada. Y en segundo lugar porque en la Sentencia recurrida no se atiende el órgano jurisdiccional “a quo” a la jurisprudencia de la Sala, reiterada desde su Sentencia 04.04.1990 hasta las más recientes 16.03.2009; 18.01.2010 y 15.02.2010. Con este motivo se recuerda al Tribunal de instancia la función que cumple la jurisprudencia en cuanto a preservar los principios constitucionales de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la Ley, y la eficacia vinculante de la misma en su doble vertiente horizontal y vertical. De manera que para desentenderse de la doctrina emanada del Tribunal Supremo es preciso realizar un esfuerzo de motivación que en este caso se echa en falta.

2. La Sala viene afirmando de modo invariable que la conducta típica del art. 104 CPM., consiste en “toda agresión física susceptible de causar una perturbación en la incolumidad o bienestar corporal de una persona, con o sin menoscabo de la integridad, salud y capacidad de la misma, siempre que la agresión provenga de un superior respecto de un inferior y el hecho se produzca en un contexto que no sea ajeno al servicio que ambos presten en las Fuerzas Armadas”. Asimismo es doctrina constante que se trata de un delito pluriofensivo con referencia a “la pluralidad de bienes jurídicos que la norma penal protege, consistentes en la integridad física (art. 15 CE.) de la que forma parte la incolumidad personal; la dignidad humana (art. 10.1 CE.), y la disciplina militar que es elemento estructural de las Fuerzas Armadas (art. 4.1. Séptima Ley 39/2007, de la Carrera Militar y arts. 8 y 44 y ss. de las RROO aprobadas por RD. 96/2009, de 6 de febrero)”. A título de ejemplo, en las Sentencias 03.12.2007; 03.11.2008 y 20.07.2009 se exponen algunos de los casos que se han considerado que integran el delito de Abuso de autoridad en su modalidad de malos tratos de obra, causados por un superior a un inferior en la relación militar. Sin que la infracción penal de maltrato de obra pueda ser calificada como infracción disciplinaria.

3. Al estimar el Recurso de la Fiscalía, la Sala entiende que es conducta típica el hecho de propinar una superiora dos golpes en el pecho a un subordinado, aún siendo éstos de poca entidad, y el de enzarzarse con dicho subordinado en un forcejeo como consecuencia del cual presentó éste “un enrojecimiento leve en el cuello”, que en realidad se diagnosticó médicamente como “eritemas limares en cara derecha del cuello” y “contusión cutánea y muscular en zona esternocleidomastoideo derecho”, de pronóstico leve salvo complicaciones. En cuanto al tipo subjetivo, la perfección

del delito no requiere dolo específico ni prevalimiento alguno de autoridad, bastando con que la acción de maltrato se realice con conocimiento de la condición de inferior del maltratado y con voluntad de efectuarla.

5.- APLICACIÓN DEL CODIGO PENAL MILITAR A LOS MIEMBROS DE LA GUARDIA CIVIL

Sentencia de fecha: 05 mayo 2010.
Recurso de Casación Penal 101/93/2009.
Ponente: D. Benito Gálvez Acosta.

HECHOS

Instruido sumario por Juzgado Togado Militar Territorial en esclarecimiento de la conducta de un Guardia Civil como presunto autor de un delito de insulto a un superior, dicho Juzgado, dictó auto en el que acordaba inhibirse del conocimiento de los hechos a favor de la Jurisdicción Ordinaria, y su remisión al Juzgado de Instrucción competente.

Por el Fiscal Jurídico Militar se recurrió en apelación entendiendo que el asunto era competencia de la Jurisdicción Militar. El Tribunal Militar Territorial que conociera de la apelación terminó desestimándola.

Recorre en casación por infracción de ley la Fiscalía Togada, al considerar que se había producido indebida aplicación del artículo 7 bis del Código Penal Militar y de la Disposición Transitoria segunda de la LO 12/2007, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil.

DOCTRINA DE LA SALA.

1. Pese a no ser el auto recurrido una resolución judicial de las comprendidas en el art. 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Sala, tratándose de una resolución similar o idéntica a las que deciden las declinatorias de jurisdicción planteadas como artículos de previo y especial pronunciamiento, decisorias en este caso de una cuestión promovida por el propio Tribunal con el mismo fin, entiende que procede contra la resolución dictada el recurso de casación previsto en el art. 290 de la Ley Procesal Militar.

2. El legislador ha querido excluir a los miembros de la Guardia Civil de la normativa penal castrense, en la que por su indiscutido carácter militar quedan incursos, sólo en cuanto a los hechos punibles cometidos en el desempeño de funciones de «naturaleza policial» propias de ese Cuerpo.

Manifestación que en buena lógica cabe atribuir a la finalidad de equipararlos a otros miembros de las Cuerpos de Seguridad del Estado, y evitar un trato más riguroso como consecuencia de la comisión de actos ilícitos durante la prestación de idénticas funciones.

En ningún momento ha determinado el legislador que ello comporte la pérdida de la condición militar, propia de los miembros del Instituto, y por tanto la inaplicación general de la aludida normativa penal castrense. En consecuencia, aquellas conductas con repercusión penal ajenas al aludido marco «policial», quedan, necesariamente, insertas en el Código Penal Militar de conformidad con lo dispuesto en su artículo 8 que no ha sido modificado.

Es jurisprudencia consolidada de la Sala según Sentencias 16.04.2009; 20.04.2009; 30.04.2009; 06.05.2009; 08.05.2009; 12.05.2009; 27.05.2009; 16.06.2009; 30.06.2009 y 01.07.2009; y de la Sala de Conflictos de Jurisdicción de 16.06.2009; 23.06.2009 y 28.06.2009.

6.- RESPONSABILIDAD CIVIL “EX DELICTO”. IMPROCEDENTE ATRIBUCIÓN INDEMNIZATORIA A LAS HERMANAS DEL FALLECIDO EXISTIENDO FAMILIARES MÁS PRÓXIMOS EN GRADO.

Sentencia de fecha: 12 de mayo de 2010.

Recurso de Casación Penal 101/01/2010.

Ponente: D. Francisco de Javier de Mendoza Fernández.

HECHOS.

El Tribunal sentenciador impuso a un Sargento Instructor de Tiro de la Guardia Civil, como autor responsable de un delito consumado contra la eficacia del servicio con resultado de muerte y lesiones, la pena de catorce meses de prisión. Al propio tiempo, y, en concepto de responsabilidad civil por daños morales, entre otros, condenaba a aquél al abono de 120.000 euros a las hermanas del fallecido.

Recorre en casación la Abogacía del Estado sustentando varias pretensiones respecto de las que, sólo una de ellas, prosperaría siendo estimada, la relativa a la indemnización por daños morales últimamente referida al existir otros familiares más próximos en grado.

DOCTRINA DE LA SALA.

1. El daño moral, genéricamente, es un concepto que recoge el «precio del dolor» (Pretium doloris), esto es, el dolor, el sufrimiento, la tristeza

que la comisión de un delito puede originar a las personas mas cercanas a la víctima (independientemente que sean familiares o no), sin necesidad de prueba cuando deviene de los hechos declarados probados y por ello queda al libre arbitrio judicial, según doctrina reiterada y consolidada de la Sala Segunda y de esta Sala Quinta del Tribunal Supremo.

Se ha consolidado que la fijación de la cuantía de la indemnización es potestad reservada al prudente arbitrio de los Tribunales y que la cuantía indemnizatoria solo es revisable cuando rebase, exceda o supere la reclamada o solicitada por las partes acusadoras y cuando no fije o lo haga defectuosamente las bases correspondientes.

En suma, la fijación de «quantum» es potestad de los Tribunales de instancia, y que, para ello, los mismos disponen de un amplio arbitrio.

2. En relación con la indemnización fijada a favor de las hermanas del fallecido por los daños morales sufridos, señala la Sala que, es cierto que el ser humano, resulta ser centro de afectos y sentimientos, y su fallecimiento -como en el supuesto que nos ocupa-, naturalmente produce un sentimiento o dolor moral a sus parientes más allegados que debe ser compensado con un equivalente pecuniario, tal y como previene el artículo 113 del Código Penal al expresar que la indemnización de perjuicios «morales» comprenderá también los que se hubieren irrogado por razón del delito a «los familiares» del agraviado; y es obvio que a «la familia» pertenecen los hermanos, quienes por su condición de tales, aunque no exista en la sentencia referencia alguna a relaciones de convivencia o de particular afectación, están legitimados para recibir «iure proprio» la prestación reparatoria, cuando no existen otros familiares más inmediatos, pues obrar de otro modo sería abrir un peligroso portillo en el ámbito de la responsabilidad civil, extendiendo la indemnización no solo a los familiares mas próximos, sino incluso a todas aquellas personas que se hallasen ligadas por vínculos afectivos o parentales con el muerto, aunque fuesen lejanos, aumentando desmesuradamente el montante de la indemnización concedida.

A la luz de esta doctrina, el derecho a percibir una indemnización los hermanos o hermanas de las víctimas por perjuicio moral al que ex iure proprio podrían tener derecho (que no por derecho sucesorio) en concurrencia con familiares mas cercanos, pudiera darse en el supuesto que concurrieran otras circunstancias de carácter extraordinario, tales como, y a título meramente enunciativo, la minoría de edad de aquellos, convivencia y/o dependencia económica con la víctima u otras de excepcional trascendencia y que puestas de manifiesto a través del cauce procesal correspondiente, el Tribunal de instancia motivara y justificara su apreciación, supuesto que no se da en el presente caso.

7.- DELITO DE DESLEALTAD. PARTE MÉDICO TOSCAMENTE MANIPULADO. INIDONEIDAD PARA PRODUCIR EL ENGAÑO. ABSOLUCIÓN.

Sentencia de fecha: 22 de septiembre de 2010.

Recurso de Casación Penal 101/24/2010.

Ponente: D^a. Clara Martínez de Careaga y García.

HECHOS.

Por el Tribunal sentenciador se había absuelto de los delitos de Abandono de destino y Deslealtad por los que venía siendo acusado, a Soldado del Ejército que encontrándose de baja había burdamente alterado la fecha de un parte médico.

Recorre en casación el Ministerio Público únicamente en relación con el segundo de los delitos mencionado, pues entiende que del relato fáctico probado concurre el tipo de deslealtad. La Sala lo desestima.

DOCTRINA DE LA SALA.

1. El art. 117 del Código Penal Militar sanciona como autor del delito de deslealtad al militar que se excusare de cumplir deberes militares produciéndose o simulando alguna enfermedad o lesión, o empleando cualquier otro engaño.

El Tribunal sentenciador afirmó que la relevancia que había de alcanzar el engaño relacionado con el servicio para que se realizara el tipo no concurría en el supuesto de autos.

2. Constituye consolidada doctrina de la Sala el que la apreciación de la deslealtad típica del reiterado art. 117 CPM se sustenta, en primer término, en la entidad objetiva de la simulación o engaño utilizado de manera que resulte idónea para causar error y confundir al destinatario de la mendacidad. Lo será en la mayoría de los casos en que se empleen elementos documentales falsos, cuya absorción por el tipo desleal o la punición en régimen concursal habrá de discernirse según resulte, o no, imprescindible la falsificación para cometer el delito en su concreta concepción y dinámica ejecutiva; y en segundo término habrá de ponderarse la clase de deber militar a cuya excusa tienda el despliegue de la conducta mendaz, excluyéndose del tipo delictivo los deberes u obligaciones genéricos que no constituyan específicos actos de servicio (art. 15 CPM). De manera que en función de ambos parámetros -entidad del engaño y del deber referente-, cabe afrontar casuísticamente la realización del presente delito.

2. En el caso actual es fácil apreciar la naturaleza extremadamente burda de la alteración de la verdad o «mutatio veritatis», absolutamente inidónea para causar error alguno o confundir al destinatario de la mendacidad. Basta la contemplación del parte médico para observar que a simple vista se desprende la manipulación, y que por tanto la hipotética capacidad de engañar es nula.

Es reiterada la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo en el sentido de que cuando una alteración documental es tan burda, grosera o patente que cualquiera pueda fácilmente advertirla, pierde la capacidad de generar la fe y la confianza que pudiera crear tal mutación, y en tales supuestos no se entiende atacado el bien jurídico protegido (Sentencias de 16 de Octubre de 2.003, 7 Junio 2.006 y 25 Enero 2.008, Sala 2ª), constituyendo una consecuencia necesaria que el engaño que pretende realizarse a través de la misma carece de la mínima idoneidad para inducir a error alguno.

8.- ABANDONO DE DESTINO. SITUACIÓN DE ENFERMEDAD QUE NO JUSTIFICA LA AUSENCIA. APLICACIÓN DE ACUERDO DEL PLENO NO JURISDICCIONAL DE LA SALA DE 13.10.2010.

Sentencia de fecha: 03 noviembre 2010 (Pleno de la Sala).

Recurso de Casación Penal 101/06/2010.

Ponente: D. Ángel Calderón Cerezo.

HECHOS

Probado que el acusado se encontraba en situación de baja médica y autorizado para residir en su domicilio. El 14.01.2009 se le remitió burofax desde su Unidad para que en plazo de tres días desde la recepción se presentara en el destino para revisión médica, o bien remitiera informe médico sobre imposibilidad de desplazarse por razones de salud. El acusado recibió el burofax cuyo contenido desatendió, razón por la cual el mando dispuso que se personara en su domicilio una comisión médica compuesta por Facultativo y Capitán enfermero, sin hallar en el mismo al acusado. Con fecha 12.02.2009 se le envió nuevo burofax comunicándole la falta de autorización de la baja y requiriéndole para que se presentara en el destino en el menor tiempo posible, por cuanto que se encontraba como falto en el mismo desde el 31.01.2009.

Habiéndose librado parte judicial por estos hechos, el acusado compareció ante el Juzgado Togado el siguiente 10 de marzo y se presentó en la

Unidad el 11 de marzo a requerimiento judicial; tras lo cual fue reconocido por los servicios sanitarios y a propuesta de éstos el mando le concedió baja médica.

Durante los periodos de ausencia el acusado remitía periódicamente informes de facultativos particulares adscritos al ISFAS, que acompañaba de una solicitud de baja con cita de lo dispuesto en la Instrucción 169/2001, de la Subsecretaría del Ministerio de Defensa, sin que en ninguno de dichos informes se aludiera a la imposibilidad de desplazarse al destino.

Por estos hechos el Tribunal Territorial condenó por delito de Abandono de destino (art. 119 CPM), imponiendo la pena de tres meses y un día de prisión. Recurre en Casación el condenado y se desestima.

DOCTRINA DE LA SALA.

1. La mera situación de enfermedad no se equipara a la justificación de la ausencia, como la Sala ha declarado invariablemente y ha reiterado en Acuerdo de la Junta General celebrada el 13.10.2010. Dicha situación no suspende de ordinario el contenido de la relación jurídica militar, sino que produce sus efectos en cuanto a la prestación del servicio del que queda dispensado, en todo o en parte, quien padezca la enfermedad. De dicha relación jurídica forman parte principal los deberes de presencia en el destino y la permanente disponibilidad de los militares, que son deberes objeto de protección por la figura penal de que se trata en la medida en que dichas obligaciones, con la consiguiente localización y sometimiento al debido control de los mandos, resultan imprescindibles para que las Fuerzas Armadas cumplan las misiones que tienen encomendadas.

2. La situación de enfermedad, cuyo control y seguimiento se produce con sujeción al marco normativo representado por la citada Instrucción 169/2001, no agota otras posibles justificaciones que tengan como presupuesto la enfermedad del sujeto obligado, siempre que éste acredite junto a ese hecho imprescindible la concurrencia de causas obstativas del cumplimiento de aquellas obligaciones, cuya prestación está en la base de la configuración e inteligencia del tipo penal. Dicho de otro modo, no solo lo autorizado está justificado si bien que a quien sostenga de otro modo la justificación, que actúa como elemento normativo (negativo) del tipo incumbe producir la prueba correspondiente.

3. La figura penal no reúne las características de los tipos penales en blanco, cuya perfección se anuda a la infracción de otra normativa integradora o complementaria – señaladamente la mencionada Instrucción –, en la medida en que no se está ante un delito creado para castigar infracciones

reglamentarias, sancionables en la vía disciplinaria, sino como reacción punitiva frente a la afectación de los bienes jurídicos que se protegen, cuya lesión o puesta en peligro habrá de verificarse en todo caso.

9.- ABANDONO DE RESIDENCIA TRAS LA DEROGACIÓN DEL ART. 175 DE LAS REALES ORDENANZAS DEL AÑO 1978.

Sentencia de fecha: 3 de noviembre de 2010. (Pleno de la Sala).

Recurso de Casación 101/86/2009.

Ponente: D. Ángel Calderón Cerezo.

HECHOS

El acusado era, a la sazón, Soldado alumno en determinado Centro de Formación Específica y como quiera que perdió más de un tercio de las horas lectivas por bajas médicas, solicitó y obtuvo autorización para repetir el curso, si bien se le denegó marchar a su domicilio familiar para continuar el tratamiento médico. Y ello en base a lo dispuesto en la OM. 42/2000, punto 2º, que preceptúa la permanencia en estos casos en el centro docente de formación, en las condiciones que se determinen. No obstante lo cual el Soldado alumno, que se encontraba de baja para el servicio, se ausentó de la Unidad trasladándose a su domicilio donde continuó el tratamiento no reincorporándose a la misma hasta tres meses más tarde, tras ser requerido por el Juzgado Togado y habiendo desatendido anteriores requerimientos en tal sentido recibidos desde la Unidad. Posteriormente no llegó a realizar el curso al no recuperarse de la lesión que padecía, por lo que ocho meses más tarde perdió su condición militar.

El Tribunal Territorial dictó Sentencia absolutoria que fue recurrida por la Fiscalía Togada. Se desestima el Recurso en función de las circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado, sin compartir la Sala el núcleo de la argumentación contenida en la Sentencia recurrida.

DOCTRINA DE LA SALA.

1. El criterio del Tribunal de instancia no es el que mantiene la Sala de Casación, en cuanto a la incidencia que en el tipo penal descrito en el art. 119 CPM ha producido la derogación del art. 175 RROO. En las Sentencias 24.11.2008 y 24.11.2009 ya se sostuvo que el citado precepto penal no es tipo en blanco, que se integre de otra norma complementaria, sino que es norma penal completa y autónoma que incorpora la prohibición de

faltar al deber de residencia que resulta exigible a los militares. Ha dicho la Sala que la “residencia” a que la norma penal se refiere, funciona como elemento normativo del tipo, por lo que lo primero que había que indagar es si existe un concreto deber de residir en lugar determinado que vincule al militar. Y en este sentido ya aludía la Sala a los supuestos de voluntaria designación de residencia, cuyo cambio no puede producirse unilateral y sorpresivamente, al margen de la autorización correspondiente que implica la designación de otra residencia debidamente comunicada.

Tiene declarado la Sala que el desaparecido art. 175 no creó el deber de residencia, sino que se limitó a concretar el ámbito espacial de su cumplimiento en el lugar del destino, y aún en términos relativos por la posible autorización de otras residencias alternativas compatibles con el desempeño de las obligaciones militares, con lo que la derogación no ha significado la supresión del dicho deber si bien que, en lo que a su cumplimiento concierne, los sujetos obligados podrán fijarla ahora, en principio, en cualquier punto del territorio nacional según lo dispuesto en el art. 19, pfo. primero CE., al no existir en estos momentos cualquier norma legal limitativa del ejercicio del derecho fundamental a la libre residencia, aunque comunicando a los mandos cual sea en cada momento la residencia electiva a efectos de control y localización del personal.

En la Sentencia 22.12.2009 se afirmó, en cambio, la aplicación de expresado derecho fundamental (del art. 19 CE.), sin la limitación que representaba el tan citado art. 175 RROO., de manera que derogado este último precepto quedarían también sin efecto las normas de rango inferior referidas a la obligación de residir, como sucede con las previsiones de la Instrucción 169/2001, sobre bajas médicas, y decaería asimismo la posible apreciación del tipo penal en los casos de incumplimiento de la obligación de fijar una residencia electiva y comunicarlo al mando, lo que constituiría solo infracción disciplinaria (según se dijo en esta última Sentencia).

A efectos de unificación de criterios en esta materia así controvertida, se reunió el Pleno no jurisdiccional de la sala con fecha 27.10.2010 adoptando el siguiente Acuerdo: “El delito de Abandono de residencia previsto en el art. 119 CPM, sigue siendo aplicable tras la derogación del art. 175 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas”.

2. No se comparte que el art. 119 CPM sea tipo penal en blanco que se viniera integrando en función de lo dispuesto en el art. 175 RROO. Tal afirmación no forma parte de la jurisprudencia, porque las RROO no crearon tal deber sino que mediante el art. 175 meramente se concretó el lugar de su cumplimiento habitual, sin perjuicio de autorizaciones para residir. La residencia exigible a los militares se encuentra establecida en el art. 119

CPM., al haber elevado el legislador al rango de bien jurídico penalmente protegido el cumplimiento de un deber que resulta necesario en la organización castrense, para el logro de la esencial disponibilidad permanente de los militares.

A éstos corresponde, por principio, el mismo régimen de derechos y libertades fundamentales que al resto de los ciudadanos (art. 169 RROO de 1978), de manera que cualquier limitación de los mismos deberá articularse mediante Ley Orgánica que respete el núcleo esencial del derecho esencial de que se trate.

3. La elección de residencia es derecho subjetivo individual, cuyo contenido positivo legitima la libre fijación y cambio de la misma; y en su vertiente negativa conlleva la abstención de los poderes públicos de interferir en aquella decisión salvo lo dispuesto en el art. 53.1 CE. La anterior afirmación no excluye posibles modulaciones del concreto ejercicio del derecho, entre la que destaca la aceptación de residencias determinadas que sean fruto de pactos y compromisos que se inscriben en el ámbito de la autonomía de la voluntad, que producen sus efectos claramente en el sector privado y también en el ámbito de la función pública, de modo explícito mediante la suscripción de compromisos de incorporación a los Ejércitos en condiciones que pasan por el sometimiento a procesos de formación y relación en régimen de internado como alumno en centros de enseñanza genéricos o específicos, cuyo seguimiento y superación es precisa para alcanzar la condición de militar profesional. Tampoco pueden descartarse en la función pública límites implícitos al ejercicio del derecho de residencia, el cual no tiene carácter absoluto, y así en los casos de aceptación de ciertos cargos que comportan la obligación de estar y permanecer en lugar determinado; o incluso su modulación puede derivarse del ejercicio racional del derecho por los militares, en condiciones en que la libre elección de residencia sea compatible con el cumplimiento de los deberes profesionales.

4. La desestimación de este se basa en que la reacción punitiva se produciría por razones solo formales, sin que medie antijuridicidad material ni desvalor de la conducta en relación con un bien jurídico solo aparente porque, aparte el control formal del acusado por sus mandos, no está presente la necesaria lesión de la disponibilidad por quien siendo alumno en fase de formación se hallaba de baja para seguir el proceso formativo y selectivo, con lo que aquella disponibilidad carecía de sentido sustancial como se puso de manifiesto tras los últimos ocho meses de falta de ocupación, que precedieron a la baja definitiva en el centro y a la resolución del compromiso.

10.- SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD. INADMISIBILIDAD DE RECURSO DE CASACIÓN

Auto de fecha: 04 de noviembre de 2010 (Pleno).

Recurso de Queja penal 103/45/2010.

Ponente: D. Fernando Pignatelli Meca.

HECHOS.

Tras condenar por sentencia de conformidad a un Soldado profesional a la pena de tres meses y un día de prisión por la comisión de un delito de Abandono de destino, y, declarar firme aquélla ese mismo día el Tribunal Sentenciador tres meses después dicta auto, en el que, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de la representación del condenado, acuerda conceder al mismo el beneficio de la suspensión de la ejecución, por plazo de dos años, de la pena privativa de libertad impuesta, aún cuando al tiempo de la condena se acordase la suspensión de la ejecución el referido soldado se encontrara en servicio activo.

No se aplicó el art. 44 del Código Penal Militar al interpretar el Tribunal de instancia que el condenado se hallaba en el caso de que se resolviera el compromiso con las Fuerzas Armadas, con motivo de haber cometido un delito doloso, aunque la Administración Militar no se hubiera pronunciado al respecto.

Desestimado recurso de súplica formalizado por el Ministerio Público, y, denegada la preparación del recurso de casación por éste anunciado, acude en queja ante esta Sala la Fiscalía Togada.

DOCTRINA DE LA SALA.

1. Recuerda la Sala su ya antigua doctrina según la cual la ley no autoriza la interposición del recurso de casación contra los autos referentes a la concesión o denegación de los beneficios de la antes denominada remisión condicional de la condena. Bajo la vigencia del nuevo Código penal de 1995, al desaparecer de éste la figura de la remisión condicional de la pena por Ministerio de la Ley prevista en el artículo 95 del CP derogado, que constituía el único supuesto en que se admitía el recurso de casación, no cabe este recurso extraordinario en la actualidad contra los autos que otorguen o denieguen la remisión en los supuestos legales en que proceda, tampoco en el ámbito penal militar, dada la remisión que el artículo 5 del Código Penal castrense hace al Código Penal común.

2. No obstante lo anterior, en el supuesto de autos concurren dos particularidades. La primera trae causa de que la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena pudo haber sido acordada en la misma Sentencia, ya que, al ser dictada de conformidad, fue declarada firme el mismo día, permitiéndolo así el artículo 787.6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Pese a ello, es lo cierto que el Tribunal sentenciador defirió al auto que se cuestiona en queja lo que pudo formar parte de la citada Sentencia, por lo que entendía el Ministerio Fiscal que se le hurtaba la posibilidad de recurrir ésta en casación.

Preceptúa el artículo 787.6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto a las sentencias de conformidad, que «si el fiscal y las partes, conociendo el fallo, expresaran su decisión de no recurrir, el juez, en el mismo acto, declarará oralmente la firmeza de la sentencia, y se pronunciará, previa audiencia de las partes, sobre la suspensión o la sustitución de la pena impuesta».

Sin embargo, la concesión o no del beneficio de la suspensión condicional de la pena privativa de libertad impuesta no siempre ha de formar parte de la sentencia del Tribunal de instancia, aún en el caso de que tal sentencia se dicte por conformidad de las partes, pues, en todo caso, dicho Tribunal ha de tener acreditada, para acordar dejar en suspenso la ejecución de la pena, la concurrencia en el caso de las condiciones que para ello se exigen en el artículo 81 del Código Penal, precepto al que ha de estar el Tribunal Militar ex artículos 5 del Código Penal castrense y 368, inciso segundo, de la Ley Procesal Militar -»las condiciones para la concesión de la remisión condicional serán las establecidas en la legislación común»-.

Y, en todo caso, el Auto de concesión del beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta en la Sentencia dictada tres meses antes, es un acto de ejecución de dicha Sentencia de carácter autónomo y no meramente complementario de ésta, de forma que con esta manera de proceder no puede sostenerse que se vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del Ministerio Fiscal.

3. La segunda particularidad del caso se refiere a que el Soldado beneficiado con la suspensión se hallaba en el servicio activo cuando fue condenado y al tiempo de dictarse el Auto en cuestión. El Tribunal “a quo” sostuvo que no era aplicable el art. 44 CPM porque la condena penal situaba al penado en la correspondiente causa de resolución del compromiso que le vinculaba con las Fuerzas Armadas (art. 118. 1. h) de la Ley de la Carrera Militar y art. 10 de la Ley de Tropa y Marinería Profesional). Con tal motivo la Fiscalía sostuvo también la nulidad de pleno derecho del Auto por exceso de jurisdicción (art. 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial),

al haberse atribuido el Tribunal, competencias decisorias reservadas a la Administración Militar.

Se desestima por dos razones, la primera porque no cabe pretender la nulidad de una resolución dentro del ámbito de un recurso de queja, cuyo objeto es solo procesal y no de fondo. Y en segundo lugar, lo que se afirma incidentalmente, porque no se incurrió en el denunciado exceso jurisdiccional y que la decisión que adoptó el Tribunal en cuanto a tener por extinguida la relación de servicios profesionales, fue únicamente a efectos penales y sin prejuzgar la competencia de las Autoridades Administrativas.

CONTENCIOSO DISCIPLINARIO

1.- DERECHO A UN JUEZ IMPARCIAL. SENTENCIA DICTADA POR EL MISMO TRIBUNAL TRAS ANULACIÓN DE LA PRIMERAMENTE PRONUNCIADA POR MOTIVACIÓN INSUFICIENTE.

Sentencia de fecha: 17 febrero 2010.

Recurso de Casación Contencioso Disciplinario 201/80/2009.

Ponente: D. José Luis Calvo Cabello.

HECHOS

El Tribunal Militar Central, poniendo término a un recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario, dictó sentencia por la que lo desestimó y declaró que eran conformes a derecho las resoluciones cuya nulidad había sido solicitada, que impuso y confirmó, posteriormente, a un guardia civil, la sanción de reprensión como autor de una falta leve.

Contra dicha sentencia del Tribunal Militar Central, se interpuso recurso de casación, que la Sala resolvió mediante sentencia estimatoria, casando y anulando por falta de motivación la mencionada resolución y devolviéndose las actuaciones al Tribunal Militar Central para que dictara otra con observancia de los requisitos exigidos por el artículo 218 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

En cumplimiento de lo decidido por la Sala, el Tribunal Militar Central dictó otra sentencia -la que constituye el objeto del recurso de casación que ahora se resuelve- en la que completó la motivación requerida.

El recurso se centra en la alegada quiebra de la imparcialidad objetiva (artículo 24 de la CE), al haber sido condenado «por los mismos juzgadores que previamente habían pronunciado una sentencia por el mismo hecho ahora juzgado en la que se había vulnerado su derecho fundamental a obtener una resolución motivada y fundada en derecho», mal -dice- se puede afirmar que aquellos «no hayan tenido contacto previo con la causa, o que no tuviesen formado un criterio sobre la misma».

DOCTRINA DE LA SALA.

1. La Sala anuló la primera sentencia del Tribunal Militar Central porque no había explicado suficientemente las razones por las que concluyó que merecía más credibilidad la versión del dador del parte, que la versión del hoy recurrente. Y también porque no había expuesto las razones por las que rechazó la alegación del recurrente sobre la vulneración por la Administración de su derecho fundamental a proponer las pruebas pertinentes para defenderse.

La Sala dispuso que el Tribunal Militar Central dictara otra sentencia con observancia de los requisitos exigidos por el artículo 218 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil. Es decir, que dictara una nueva sentencia explicando suficientemente las razones por las que había llegado a aquellas conclusiones.

Si al anular la primera sentencia del Tribunal Militar Central, se hubiera ordenado que se hiciera una nueva valoración de la prueba, y que, en consecuencia, se formulara una nueva declaración de hechos probados, le asistiría la razón al recurrente, ya que los miembros que dictaron aquella sentencia anulada no deberían haber dictado la segunda sentencia, porque habrían manifestado previamente su convicción sobre los hechos ocurridos. Al tener una convicción sobre los hechos procesales y la autoría del recurrente, su intervención posterior en el mismo asunto habría vulnerado el derecho fundamental a un juez imparcial (artículo 24 CE).

No se dispuso que, para dictar la segunda sentencia, el Tribunal Militar Central fuera integrado por miembros distintos a los que dictaron la primera. No era necesario; incluso habría sido improcedente. Quienes podían corregir los defectos observados eran quienes habían dictado la primera resolución. Ellos y no otros, pues, otros- eran los únicos que estaban en condiciones de exponer las razones de su convicción. No se trataba de valorar los hechos y formular otro relato probatorio. Para esta nueva valoración sí habría sido exigible, a fin de proteger el derecho a

un juez imparcial, que el Tribunal hubiera quedado formado por otros miembros. Pero como se trataba de completar la motivación, únicamente los que ya tenían la convicción estaban en condiciones de hacerlo. Las razones que faltaban eran las suyas, las referentes a su convicción, no las de otros juzgadores.

En definitiva, no se trataba de una nueva actuación sobre el objeto del proceso, sino de motivar suficientemente la ya realizada, a fin de que el recurrente pudiera articular en debida forma el recurso de casación y la Sala resolverlo adecuadamente.

2.- MANIFESTACIONES CONTRARIAS A LA DISCIPLINA. DECLARACIONES PÚBLICAS DE DELEGADO TERRITORIAL DE ASOCIACIÓN DE LA GUARDIA CIVIL SOBRE MOTIVOS Y ALCANCE DE ACCIÓN DE PROTESTA CONCERTADA. LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

Sentencia de fecha: 03 de marzo de 2010 (Pleno).
Recurso de Casación Contencioso Disciplinario 201/104/2009.
Ponente: D^a Clara Martínez de Careaga García.

HECHOS.

El recurrente era Delegado Territorial de determinada Asociación en el ámbito de la Guardia Civil, cuando en enero de 2007 realizó unas declaraciones públicas emitidas por un canal autonómico de Televisión, mediante las cuales denunciaba una serie de carencias profesionales dentro del Cuerpo, en términos tales como “somos los policías con peores condiciones laborales, salariales y con recorte total de derechos”. Al mismo tiempo anunciaba una protesta de duración mensual calificada como “campana de enero en blanco”, en el sentido de que los agentes de tráfico se abstendrían de extender boletín de denuncia por las infracciones que observaran, limitándose a llamar la atención de los conductores.

Por este hecho el Director General del Cuerpo sancionó al expedientado con la pérdida de 15 días de haberes, apreciando la comisión de la falta grave prevista en el art. 8.17 de la LO. 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, consistente en “Hacer manifestaciones contrarias a la disciplina”. La sanción fue confirmada en Alzada por la Ministra de Justicia.

Recurrió el sancionado ante el Tribunal Militar Central que desestimó la demanda. Se recurre en Casación y la Sala 5ª del Tribunal Supremo desestima el Recurso.

DOCTRINA DE LA SALA.

1. No existe indefensión porque el inicial parte disciplinario se emita por sí los hechos constituyeran falta muy grave, consistente en “promover o desarrollar actividades sindicales” (art. 9.7 Ley Disciplinaria), cuando tanto la propuesta del Director Adjunto Operativo, sobre iniciación de Expediente disciplinario, como el Pliego de Cargos y la Propuesta de Resolución versaron sobre los mismos hechos con relevancia sancionadora, esto es, “realizar manifestaciones contrarias a la disciplina”, por los que finalmente recayó la resolución sancionadora. La indefensión con relevancia constitucional ha de ser real, efectiva y actual de modo que coloque al afectado en una situación que le cause perjuicio material, no meramente potencial o abstracto. El expedientado pudo formular, y efectivamente lo hizo, alegaciones frente a la imputación disciplinaria concretada en el Pliego de Cargos, sin que haya precisado en qué consistiera la indefensión que denuncia.

2. No se afecta la legalidad sancionadora, en su complemento de tipicidad (art. 25.1 CE), pues las manifestaciones afectan al deber de disciplina exigible en el ámbito de la Guardia Civil. Eran sancionables según LO. 11/1991 y lo siguen siendo según la nueva LO. 12/2007, de 22 de octubre (art. 8.21), porque el contenido de lo expresado trasciende a la prestación del servicio. Es contrario a la disciplina anunciar un movimiento de protesta en la realización del servicio de vigilancia y control de seguridad de las carreteras a cargo de la Guardia Civil, haciendo dejación de obligaciones esenciales consistentes en promover las sanciones de los hechos contrarios a las normas reguladoras de la circulación de vehículos por las vías interurbanas. Con la anunciada dejación de funciones quiebra en su base el servicio público de seguridad en la circulación que tiene encomendado la Guardia Civil.

3. No se afecta el derecho esencial a la libertad de expresión que, según constante jurisprudencia de la Sala, tiene no solo el límite general previsto en el art. 20.4. CE. sino los específicamente establecidos para los militares en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, en el Código Penal Militar y en la legislación reguladora del régimen disciplinario, en la medida en que tales limitaciones resultan necesarias para preservar los valores y principios esenciales de la organización militar; y también para mantener la disciplina y proteger el deber de neutralidad política, “siempre que no

reduzcan a los miembros (de la Guardia Civil en este caso) al puro y simple silencio”.

La Ley de Derechos y Deberes de los miembros de la Guardia Civil (LO. 11/2007) proclama expresamente el derecho a la libertad de expresión (art. 7), si bien que con la modulación concreta representada porque “en asuntos de servicio o relacionados con la Institución, el ejercicio de estos derechos se encontrarán sujetos a los límites derivados de la observancia de la disciplina”.

4. El ejercicio del derecho de asociación reconocido en el art. 9 de la LO. 11/2007, no justifica la conducta sancionada porque el art. 12 prohíbe expresamente las “acciones concertadas con el fin de alterar el buen funcionamiento de los servicios”, con lo que la actuación pretendidamente realizada en nombre de una asociación no deja de ser ilícita cuando se desbordan las previsiones legales protectoras de la esencial disciplina.

3.- INCOMPATIBILIDADES DE LOS MIEMBROS DE LA GUARDIA CIVIL. ACTIVIDAD DE CONSEJERO DE SEGURIDAD DE EMPRESAS DE TRANSPORTES.

Sentencia de fecha: 02 junio 2010.
Recurso Contencioso – Disciplinario 204/106/2009.
Ponente: D. Ángel Calderón Cerezo.

HECHOS

El recurrente era Guardia Civil de la Agrupación de Tráfico con destino en la Plana Mayor de determinado Subsector, hallándose en posesión del título que le habitaba para ejercer en el ámbito civil como Consejero de Seguridad en el Sector del Transporte y, en especial, respecto de transporte ADR todas las especialidades.

Su cónyuge creó, junto con la esposa de otro compañero del mismo destino, una sociedad que se dedicaba al asesoramiento técnico de empresas del sector del transporte, a través de la cual el encartado ejercía dicha actividad para varias de dichas empresas que operaban en el ámbito territorial del Subsector de Tráfico de su destino.

Tramitado expediente gubernativo por falta muy grave prevista en el art. 9.6 LO. 11/1991, de 17 de junio, la Ministra de Defensa impuso la sanción disciplinaria de un año de suspensión de empleo. El sancionado

interpuso Recurso Contencioso – Disciplinario Ordinario que fue desestimado.

DOCTRINA DE LA SALA.

1. Inaplicación del instituto de la caducidad del procedimiento sancionador en el ámbito de la Guardia Civil, en los casos en que el expediente se hubiera tramitado conforme a las previsiones de la anterior Ley Disciplinaria (LO. 11/1991). Es doctrina consolidada (desde la Sentencia del Pleno de la Sala 14.02.2001), que el efecto que se sigue de la superación del plazo de seis meses previsto para la tramitación de los expedientes por faltas muy graves, es el de reanudarse el plazo prescriptivo de dos años que volverá a correr de nuevo y desde el principio. Así resulta del régimen transitorio establecido en la nueva Ley Orgánica Disciplinaria 12/2007, de 22 de octubre (D.Tª. Primera, apartado 3).

2. La actividad privada de asesoramiento en materia de seguridad en el transporte resulta irreconciliable con el desempeño del empleo de Guardia Civil de Tráfico, e integra según la nueva LO. 12/2007 la falta muy grave prevista en su art. 7.18. Reitera la Sala que la infracción de que se trata es de mero riesgo y de ejecución instantánea, en el sentido de que para su perfección no es precisa la habitualidad ni que se cause resultado alguno, ni siquiera que la actividad tenga carácter retribuido, bastando con que el autor se halle en situación objetiva de incompatibilidad. El bien jurídico que se protege, en la modalidad de realización de actividades privadas, radica en preservar no solo la necesaria objetividad e imparcialidad de los miembros del Cuerpo, que pueden quedar comprometidas con el desempeño de actividades relacionadas con la función, sino de asegurar la plena dedicación que resulta exigible a los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (arts. 5.4 y 6.7 LO. 2/1986, de 13 de marzo; art. 94 Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen de Personal de los miembros de la Guardia Civil, y art. 22 LO. 11/2007, de 22 de octubre, de Derechos y Deberes). Se reitera que se está ante un tipo disciplinario en blanco, que se integra y complementa básicamente a través de la normativa reguladora del régimen de incompatibilidades (Ley 53/1984 y RD. 517/1986).

Resulta aplicable al caso la específica prohibición contenida en los arts. 11.1 Ley 53/1984 y 8.1 del RD. 517/1986, por cuanto que el asesoramiento realizado se relacionaba directamente con las funciones propias del empleo y destino del recurrente; de manera que los cometidos del cargo de Consejero de Seguridad de empresas de transportes no

serían susceptibles en ningún caso de autorización compatibilizadora, por corresponder a la Guardia Civil “la vigilancia del tráfico, tránsito y transporte en las vías públicas interurbanas” (art. doce, 1.B.c) L.O. 2/1986).

4.- NEGATIVA A DESALOJAR PABELLÓN OFICIAL DE LA GUARDIA CIVIL. FALTA GRAVE DE SUBORDINACIÓN.

Sentencia de fecha: 03 de septiembre de 2010.
Recurso de Casación Contencioso Disciplinario 201/20/2010.
Ponente: D. Javier Juliani Hernán.

HECHOS.

Recorre en casación un Guardia Civil sancionado con pérdida de diez días de haberes por la comisión de la falta grave consistente en la falta de subordinación cuando no constituya delito, impuesta por su negativa a abandonar el pabellón oficial que le fuera adjudicado por razón de su destino, una vez recibiera la orden de abandonarlo tras haber cesado en el mismo.

Plantea el recurrente la infracción del principio de legalidad por ausencia de tipicidad alguna en su comportamiento, que justifica argumentando que la orden de la superioridad para que procediera al desalojo voluntario de la vivienda oficial que ocupaba, no estaba en modo alguno relacionado de forma directa con el servicio, ni resultaba esencial para el desempeño del mismo.

DOCTRINA DE LA SALA.

1. Se remonta al año 1991 la doctrina de la Sala que establece que el mandato de desalojo del pabellón, constituye una orden, cuando en él se dan los requisitos personales de relación jerárquica entre superior y subordinado, los de carácter formal, mandato claro, concreto y personal, además de imperativo, con plena conciencia de su exigibilidad, y los materiales, es decir, que lo ordenado esté dentro de las atribuciones que corresponden al superior y afecten esencialmente al servicio y al buen régimen y gobierno de la Unidad.

Más recientemente, en la Sentencia de 22 de octubre de 2009, reitera la Sala Quinta que el mandato de desalojo de un pabellón de cargo o de una vivienda de régimen especial constituye sin duda una orden relativa al servicio, legítima y lícita en orden al fin que persigue en la que concurren

los requisitos personales de relación jerárquica, es decir, el mandato emana de un superior militar y se dirige a un inferior subordinado, su alcance no es el de un simple recordatorio de preceptos legales o reglamentarios o de órdenes generales del Cuerpo, sino una prescripción concreta, personal y directa, que desarrolla su virtualidad necesariamente en su acatamiento, adoptada dentro de las atribuciones que legalmente corresponden al superior y emitida de forma adecuada --por escrito debidamente notificado-- deduciéndose de los propios términos de la misma el contenido inequívoco de cumplimiento total de desalojo.

2. En el caso de autos se le señaló al recurrente al requerir el desalojo de la vivienda que ocupaba, que el pabellón en cuestión estaba al servicio propio de la Unidad, a cuyo cupo pertenecía, y su permanencia en él y el no abandonarlo, impedía que otro componente de la Unidad, que sí reuniera los requisitos exigidos, pudiera entrar a ocuparlo y de esta forma, ser más eficaz su localización para la realización de cualquier servicio que requiera su pronta incorporación.

Consiguientemente, en la orden de desalojo de la vivienda ocupada, que reunía los requisitos de legitimidad y exigibilidad, estaba presente el interés del servicio y, su utilización afectaba al buen régimen de la Unidad, al estar el pabellón en cuestión al servicio de ella, por lo que la orden concreta, directa y personal recibida por el recurrente debió ser obedecida.

Finalmente, y por lo que se refiere a posible existencia de cauces jurídicos alternativos para conseguir el desalojo, es preciso separar el reproche disciplinario de la posterior actuación administrativa dirigida a conseguir el efectivo abandono de la vivienda por quien indebidamente la ocupa.

5.- CADUCIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS DISCIPLINARIOS POR FALTA LEVE EN EL AMBITO DE LA lo 12/2007, DE 22 DE OCTUBRE, DEL REGIMEN DISCIPLINARIO DE LA GUARDIA CIVIL.

Sentencia de fecha: 20 de diciembre de 2010. (Pleno)

Recurso de Casación Contencioso 201/05/2010.

Ponente: D. Fernando Pignatelli Meca.

HECHOS.

El Tribunal de instancia desestimó el recurso contencioso disciplinario militar ordinario que formalizara un Guardia Civil, contra la resolución sancionadora que le impusiera sanción por falta leve.

El demandante entonces, recurrente en casación ahora, sostuvo entonces y reitera ahora, la aplicación del instituto de la caducidad a los procedimientos por faltas de menor entidad. El Tribunal “a quo” concluía en contra de lo sustentado por el sancionado que, a falta de previsión legal para los procedimientos por falta leve en el ámbito de la Guardia Civil, el régimen que ha de seguirse, en lo que a la caducidad se refiere, no difiere del regulado en la legislación precedente, esto es, el recogido en la Ley Orgánica 11/1991 y por la jurisprudencia recaída al efecto.

DOCTRINA DE LA SALA.

1. Entiende la Sala que, conforme a una hermeneusis integradora de la nueva Ley Orgánica reguladora del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, no resulta tal conclusión conforme a Derecho por cuanto que la previsión que del juego de la caducidad se contiene en el artículo 65.1 de dicha norma sancionadora -bien que en relación a los expedientes incoados por falta grave y muy grave- obliga a entender, por razones de coherencia de dicho texto legal que, en el marco de la aludida norma el instituto de la caducidad resulta igualmente aplicable a los procedimientos seguidos por faltas leves.

La caducidad debe aplicarse a estos últimos procedimientos en orden a lograr una interpretación congruente del conjunto de aquella Ley Orgánica, pues si la concordancia o armonía se predica de la totalidad del ordenamiento jurídico, más necesaria lo es en el seno de las concretas normas que lo integran.

Una vez prevista la caducidad en la vigente Ley disciplinaria de la Guardia Civil respecto a los expedientes incoados para la sanción de faltas graves y muy graves, ninguna razón permite sostener, sin desajustar el cánnon de lógica interna, que la garantía que para los administrados representa el instituto de la caducidad -en cuanto que impide que el expediente pueda estar pendiente de resolución indefinida o ilimitadamente- no deba operar en el régimen disciplinario del Instituto Armado únicamente en relación a los procedimientos sancionadores por falta leve, a pesar de que sí lo hace en el resto de los casos.

2. A los efectos de justificar la extensión de la caducidad a los procedimientos por faltas leves, no resulta neutral el significado del exorbitante aumento de que han sido objeto los plazos de prescripción de las faltas por mor de la nueva Ley respecto a los que fijaba la Ley Orgánica 11/1991, acrecentamiento que, en lo que concierne, precisamente, a las faltas leves -y a las graves-, cabe calificar de extraordinario o mayúsculo, ya que si, a

tenor del artículo 68.1 de la Ley Orgánica 11/1991, prescribían a los dos meses, ahora, conforme al artículo 21.1 de la Ley Orgánica 12/2007, lo hacen, mediante un incremento exponencial, a los seis meses. Este excepcional alargamiento, por lo que concierne a las faltas leves -en la misma línea que el que se prevé para las graves y, en menor medida, para las muy graves-, del plazo extintivo de la responsabilidad disciplinaria en que consiste la prescripción no tiene, en buena lógica, otra razón de ser que la de posibilitar a la Administración la apertura, en su caso, una vez declarada la caducidad del expediente sancionador incoado por aquella clase de faltas -como en el caso del instruido por faltas graves o muy graves-, un nuevo procedimiento sancionador por razón de los mismos hechos en orden a ejercer el «ius puniendi», siempre que los mismos no hubieren prescrito.

Asimismo, la efectiva aplicación del instituto de la caducidad en este ámbito por falta leve se produce también, en todo caso, por aplicación de los artículos 44.2, 92, y concordantes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a la que la Disposición adicional primera de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, atribuye expresamente el carácter de norma de aplicación supletoria, precisamente por falta de una disposición específica en la Ley Orgánica 12/2007 que se pronuncie en sentido contrario a la aplicabilidad del instituto de la caducidad a las faltas leves configuradas en el artículo 9 de la misma.

3. En conclusión, la coherencia interna del sistema; exige que la regulación de la caducidad que ahora se prevé resulte acorde con lo que viene siendo la regla general en los procedimientos sancionadores, a saber, la virtualidad de la caducidad como causa de terminación de los procedimientos en que se exceda el plazo de tramitación en que la Administración ejercita potestades disciplinarias, salvo que, como ha venido ocurriendo hasta 2007 en el ámbito sancionador propio de la Guardia Civil -y sigue ocurriendo ahora en el de la misma índole de las Fuerzas Armadas-, exista una regulación específica o singular ajena a los efectos de la caducidad.

DOCUMENTACIÓN

DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

José Leandro Martínez-Cardós Ruiz
Letrado Mayor del Consejo de Estado

SUMARIO

I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL. II. DOCTRINA SOBRE TRATADOS INTERNACIONALES: 1. *Criterios generales*: Modificación de tratados (41); Procedimiento de autorización (42); Recepción del derecho internacional (40); Tratados multilaterales: adhesión (43), carácter inseparable de los instrumentos (44). 2. *Tratados de carácter político*: Cooperación y amistad (45); Espacio Económico Europeo (46); Acuerdos estabilización UE-Estados miembros (47). 3. *Tratados de carácter militar*: Adhesión a la OTAN (48); Bombas racimo (53); Gendarmería europea (52); Imágenes obtenidas por satélite (51); Información clasificada (49); Patrocinio de unidad militar (50); Prohibición de armamento (53); 4. *Tratados que afectan a la integridad territorial o a los derechos y libertades*: Abolición de pena de muerte (55); Medidas de seguridad (56); Penas privativas de libertad (54). 5. *Tratados que implican obligaciones financieras*: Aportaciones a fondos (58) (59); Donaciones (60); Indeterminación del montante (57). 6. *Tratados que suponen modificación o derogación de leyes*: Actividades remuneradas personal diplomático (64); Arbitraje (81); Cooperación materia penal (76); Cooperación transfronteriza (71); Doble imposición (62); Energía eléctrica (67); Espacios marítimos –patrullaje– (74); Evasión fiscal (62); Información clasificada (66); Inmigración (72) (73); Inmunidades diplomáticas (61); Inversiones en extranjero (81); Medio ambiente (68); Pesca marítima (78); Responsabilidad por daños (80); Ríos internacionales (69) (70); Seguridad laboral (82); Tasas consulares –reducción– (65); Títulos pesqueros (79); Terrorismo (75); Transporte aéreo (77); Visados –supresión– (63). 7. *Tratados que no requieren autorización previa de las Cortes Generales*: Autopistas del mar (88); Cooperación cultural y educativa (91) (92); Cooperación parlamentaria (93); Coste previsto en presupuesto (83); Coste asumido por empresas privadas (89); Bachillerato (90); Creación Comisión Intergubernamental (86); Modificaciones de carácter formal (84); No afectan a regulaciones sustantivas (87); Permisos de conducir (85); Casos concretos: Espacio Económico Europeo (46); Comunidades Europeas (47); OTAN (48). II. UNIÓN EUROPEA: Transferencia de competencias estatales (94).

I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL

La Constitución regula los tratados internacionales en el capítulo III del Título III («De las Cortes Generales»), que comprende los artículos 93 a 96. El primero de los citados establece que «mediante Ley Orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión». Por su parte el artículo 94, en su número 1, dispone que «la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales en los siguientes casos: a) Tratados de carácter político. b) Tratados o convenios de carácter militar. c) Tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos o deberes fundamentales establecidos en el Título I. d) Tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública. e) Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución». Y el número 2 del mismo precepto previene que «El Congreso y el Senado serán inmediatamente informados de la conclusión de los restantes tratados o convenios».

La calificación de los tratados a los efectos de su incardinación en los artículos 93, 94.1 y 94.2 requiere el dictamen del Consejo de Estado según dispone el artículo 22.1 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado. Este precepto previene que «la Comisión Permanente del Consejo de Estado deberá ser consultada en los siguientes asuntos: 1. En todos los tratados o convenios internacionales sobre la necesidad de autorización de las Cortes Generales con carácter previo a la prestación del consentimiento del Estado».

Por convenio o tratado internacional debe entenderse todo instrumento internacional, esto es, todo acuerdo concertado de cualquier forma, entre sujetos de derecho internacional y regido por el derecho internacional y no sólo los contemplados en el artículo 2.1.a) del Convenio de Viena de 23 de mayo de 1969.

A los efectos de los artículos 93 y 94 de la Constitución, no cabe hacer distingos entre acuerdos jurídicos y acuerdos políticos –en el sentido de excluir a estos últimos del ámbito de aplicación de dichos preceptos–, ni dentro de los llamados acuerdos políticos entre aquéllos que pueden afectar a la política exterior del Gobierno y aquellos otros que tienen carácter técnico.

II. DOCTRINA SOBRE TRATADOS INTERNACIONALES

1. CRITERIOS GENERALES

(1) El diseño de los constituyentes de abrir el ordenamiento español a las influencias del Derecho internacional se manifiesta en varios lugares de la Constitución de 1978 (así, en su preámbulo y en los artículos 10.2 y 96.1). Sin duda tal orientación internacionalista de la Constitución alcanza su máxima intensidad en su artículo 93, cuyo primer párrafo dispone que «mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución». El legislador constitucional tenía la mente puesta en la eventual adhesión de España a las Comunidades Europeas al redactar el artículo 93, pero dicho artículo no se agotó con la adhesión sino que ha conservado su virtualidad para sucesivas aperturas del ordenamiento español al Derecho comunitario¹.

(2) Según viene afirmándose en numerosos dictámenes del Consejo de Estado, la enmienda por la que se modifica un tratado internacional es otro tratado cuya celebración habrá de sujetarse, en su ámbito internacional, a las reglas contenidas en el tratado que se enmienda y, en lo que hace al Derecho interno, a las normas establecidas en el artículo 94 de la Constitución².

¹ Dictamen 24/2008, de 13 de marzo de 2008, emitido en el expediente sobre el Tratado de Lisboa de la Unión Europea y los Tratados Constitutivos de la Comunidad Europea, hecho en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. El dictamen dice:

«el diseño de los constituyentes de abrir el ordenamiento español a las influencias del Derecho internacional se manifiesta en varios lugares de la Constitución de 1978 (así, en su preámbulo y en los artículos 10.2 y 96.1). Sin duda tal orientación internacionalista de la Constitución alcanza su máxima intensidad en su artículo 93, cuyo primer párrafo dispone que «mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución». El legislador constitucional tenía la mente puesta en la eventual adhesión de España a las Comunidades Europeas al redactar el artículo 93, pero dicho artículo no se agotó con la adhesión sino que ha conservado su virtualidad para sucesivas aperturas del ordenamiento español al Derecho comunitario»; en el mismo sentido, el dictamen 1206/2008, de 11 de septiembre de 2008, emitido en el expediente relativo a las Enmiendas al convenio constitutivo de la Organización Internacional de Telecomunicaciones móviles por satélite tal como se convino en la decimoctava asamblea (IMSO), hecho en Londres el 29 de septiembre de 2006.

² Dictamen 1001/2008, de 24 de julio de 2008, emitido en el expediente relativo al Protocolo de Revisión del Convenio sobre cooperación para la protección y el aprovechamiento sostenible de las aguas de las cuencas hidrográficas hispano-portuguesas y el Protocolo adicional, suscrito en Albufeira el 30 de noviembre de 1998.

(3) Ante el hecho de que la reunión a la que el Acuerdo da cobertura se haya celebrado con posterioridad a su conclusión, hay que indicar que, no obstante la aplicación provisional del Acuerdo durante los días de la Reunión, procede culminar la tramitación del Acuerdo con arreglo a lo previsto por la Constitución puesto que los efectos derivados de ella pueden no estar completamente agotados tras su celebración o requerir la cobertura formal del tratado³.

(4) El Consejo de Estado viene afirmando que la adhesión de un Estado a un tratado internacional o la apertura a nuevos Estados Parte de un tratado multilateral trae consigo una ampliación del ámbito subjetivo de las obligaciones que las demás Partes habían asumido al suscribir originalmente el tratado. Por ello, si dichas obligaciones son de tal carácter que dan lugar a la aplicación del artículo 94.1 de la Constitución, en principio toda modificación de dicho ámbito ha de obtener la autorización prevista en dicho precepto constitucional⁴.

(5) El Protocolo adicional afecta al ámbito de aplicación espacial del Acuerdo de Lisboa de 1990, de tal manera que puede considerarse que, si para aquél instrumento internacional se requirió la autorización de las Cortes Generales, también lo precisa éste. Y es que, teniendo en cuenta que, conforme al artículo 2 del Protocolo adicional, «el Acuerdo y el Protocolo adicional se interpretarán y aplicarán conjuntamente como un único instrumento», y que, de acuerdo con el artículo 3, «ninguna de las Partes podrá manifestar su consentimiento para obligarse por el Protocolo sin haber manifestado previa o simultáneamente su consentimiento para obligarse por el Acuerdo de Lisboa», dado el carácter inseparable de los dos instrumentos, resulta razonable que el trámite parlamentario de ambos sea el mismo⁵.

³ . Dictamen 2296/2007, de 31 de enero de 2008, emitido en el expediente sobre el Canje de Cartas entre el Reino de España y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) relativo a la celebración de la 15ª Reunión Ordinaria entre las Partes Contratantes del Convenio para la Protección del Medio Marino y la Región Costera del Mediterráneo y sus Protocolos.

⁴ Dictamen 1471/2008, de 9 de octubre de 2008, emitido en el expediente relativo a las Enmiendas a los artículos 25 y 26 del Convenio sobre protección y utilización de los cursos de agua transfronterizos y de los lagos internacionales, hechas en Ginebra el 28 de noviembre de 2003; en el mismo sentido, el dictamen 1747/2008, de 6 de noviembre de 2008, emitido en el expediente relativo a la Declaración de aceptación por España de la adhesión de la República de Seychelles al Convenio relativo a los aspectos civiles de la sustracción de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980.

⁵ Dictamen 927/2008, de 25 de junio de 2008, emitido en el expediente sobre el Protocolo Adicional relativo al Acuerdo de Cooperación para la protección de las Costas y de las Aguas del Atlántico Nordeste contra la polución.

2. TRATADOS DE CARÁCTER POLÍTICO

(6) Los tratados de cooperación y amistad constituyen un claro ejemplo de la categoría de tratados de carácter político previstos en el artículo 94.1.a) de la Constitución⁶. El carácter político del Convenio examinado se asienta, fundamentalmente, en las previsiones relativas al fortalecimiento de las estructuras democráticas, al apoyo a las instituciones y a la protección de los derechos humanos⁷; en las previsiones relativas a los principios generales (uno de los cuales es el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales) que encuadrarán las relaciones de cooperación entre los dos países, cuyos concretos ámbitos se precisan en el articulado, siendo el primero el relativo a las relaciones políticas bilaterales⁸.

(7) Los convenios que prevén los necesarios ajustes del Acuerdo Espacio Económico Europeo y de sus Protocolos como consecuencia de la adhesión a la Unión Europea de las Repúblicas de Bulgaria y Rumanía tienen carácter político por su relevancia para la sociedad regional europea y, por ende, quedan comprendidos en el párrafo a) del artículo 94.1 de la Constitución⁹. También quedan comprendidos en dicho apartado los convenios de cooperación política, lo que se asienta fundamentalmente en las previsiones relativas al fortalecimiento de las estructuras democráticas, al apoyo a las instituciones y a la protección de los derechos humanos¹⁰.

(8) Los Acuerdos de Estabilización y Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros con otros países quedan incluidos en el ámbito del artículo 94.1.a) de la Constitución, dada su naturaleza política, derivada de la importancia que están llamados a tener en las relaciones entre las Partes, siendo manifestación de dicha relevancia los mecanismos

⁶ Dictamen 126/2008, de 21 de febrero de 2008, emitido en el expediente sobre el Convenio Marco de Cooperación entre el Reino de España y la República Democrática del Congo; en el mismo sentido, el dictamen 1574/2008, de 22 de octubre de 2008, emitido en el expediente relativo al Tratado de Amistad, Buena Vecindad y Cooperación entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania, hecho en Madrid el 24 de julio de 2008; el dictamen 1634/2008, de 22 de octubre de 2008, relativo al Acuerdo Básico de Cooperación entre el Reino de España y el Reino de Camboya.

⁷ Dictamen 2532/2007, de 31 de enero de 2008 emitido en el el expediente relativo al Convenio Básico de Cooperación entre el Reino de España y la República Democrática de Timor Oriental, hecho en Madrid el 20 de noviembre de 2007.

⁸ Dictamen 321/2008, de 13 de marzo de 2008, emitido en el Tratado de Amistad y Cooperación entre el Reino de España y la República Árabe de Egipto.

⁹ Dictamen 1330/2008, de 25 de septiembre de 2008, emitido en el expediente relativo al Acuerdo de participación de las Repúblicas de Bulgaria y Rumanía en el Espacio Económico Europeo, hecho en Bruselas el 25 de julio de 2007.

¹⁰ Dictamen 1711/2008, de 20 de octubre de 2008, emitido en el expediente relativo al Convenio Básico de Cooperación entre el Reino de España y la República de Sudán.

del diálogo político y el carácter integral de la cooperación prevista; en tal sentido son especialmente relevantes las declaraciones relativas al compromiso de las Partes con los principios democráticos, los derechos humanos, los principios de Derecho internacional y del Estado de derecho, así como los principios de economía de mercado, que constituirán la base de la política interior y exterior de las Partes y elementos esenciales del Acuerdo¹¹.

3. TRATADOS O CONVENIOS DE CARÁCTER MILITAR

(9) Los protocolos al Tratado del Atlántico Norte relativos a la adhesión de Estados tienen carácter militar –además de político– y por ende quedan comprendidos en el ámbito el artículo 94.1 de la Constitución¹².

¹¹ Dictamen 962/2008, de 17 de julio de 2008, emitido en el expediente relativo al Acuerdo de Estabilización y Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Montenegro, por otra, hecho en Luxemburgo el 15 de octubre de 2007.

¹² Dictamen 1098/2008, de 24 de julio de 2008, relativo al Protocolo al Tratado del Atlántico Norte relativo a la adhesión de la República de Croacia. El dictamen dice: «Como viene afirmando el Consejo de Estado, la adhesión de un Estado a un tratado internacional trae consigo una ampliación del ámbito subjetivo de las obligaciones que las demás Partes habían asumido al suscribir originariamente el tratado. Por ello, si dichas obligaciones son de tal carácter que dan lugar a la aplicación del artículo 94.1 de la Constitución, en principio toda nueva adhesión ha de obtener la autorización prevista en dicho precepto constitucional. El Consejo de Estado en diversos dictámenes relativos a la adhesión de otros Estados al Tratado del Atlántico Norte (477/98, 478/98, 479/98, todos ellos de 26 de febrero de 1998, relativos a las adhesiones de la República de Hungría, la República de Polonia y la República Checa, y 983/2003 a 989/2003, de 24 de abril de 2003, sobre las adhesiones de las Repúblicas de Bulgaria, Rumania, Estonia, Eslovenia, Lituania, Letonia y República Eslovaca) ha indicado que la finalidad de los correspondientes Protocolos es permitir la extensión del círculo subjetivo y, consiguientemente, espacial del Tratado del Atlántico Norte, constituyéndose una vía que posibilita –a través de la invitación prevista en el artículo I- la adhesión a dicho Tratado de un nuevo Estado Parte, en este caso la República de Croacia. También ha destacado el Consejo de Estado en los dictámenes citados que el Protocolo es un instrumento que expresa la voluntad de los actuales Estados miembros de la Alianza Atlántica de admitir la ampliación de dicha Organización y que habilita para ello, dependiendo su efectiva realización únicamente del consentimiento del Estado invitado a integrarse. En todo caso, teniendo en cuenta su auténtica naturaleza de tratado internacional, la estipulación del Protocolo por España requiere el cumplimiento de los requisitos internos establecidos en la Constitución, según la calificación que merezca, para la celebración de tratados. Como señalaban aquellos dictámenes, puesto que los efectos materiales derivados del Protocolo coinciden con las propias obligaciones y derechos previstos en el Tratado del Atlántico Norte de 1949, cabe recordar que éste –según el dictamen 43.647, de 27 de agosto de 1981, del Consejo de Estado- se encuadra plenamente, por su naturaleza, tanto en el párrafo b) («tratados o convenios de carácter militar») como en el párrafo a) («tratados de carácter político») del artículo 94.1 de la Constitución. Sin perjuicio de la evolución de sus fines, paralela a los cambios acontecidos en la Europa del Este, la Organización del Tratado

(10) Los acuerdos internacionales relativos a la protección de la información clasificada intercambiada entre el Reino de España y un tercer Estado en materia de defensa quedan comprendidos en el ámbito del apartado b) del artículo 94.1 de la Constitución por recaer sobre materia relacionada con la defensa¹³.

(11) También quedan incluidos en dicho apartado b) los acuerdos por virtud de los cuales el Reino de España patrocina una unidad militar de otra potencia, si dicho patrocinio comprende la financiación de la construcción de una base operativa avanzada y el equipamiento, asesoramiento y entrenamiento de una compañía de infantería¹⁴.

(12) Y el acuerdo por el que se pone a disposición de la Unión Europea imágenes obtenidas por un satélite de carácter militar¹⁵.

(13) Los tratados que crean una Fuerza de Gendarmería Europea como fuerza policial multinacional con estatuto militar, en la que participa la

del Atlántico Norte constituye un arquetipo de Organización Internacional de defensa mutua entre sus Estados Parte. La participación de los Estados en su estructura –que es compleja, civil y militar– determina diferentes grados de obligación en cuanto a la contribución para alcanzar sus fines y objetivos pero, en todo caso, subsiste el carácter eminentemente militar de éstos. Por consiguiente, un Protocolo como el sometido a consulta, destinado a permitir la ampliación de miembros de la Alianza Atlántica y que implica la extensión de las obligaciones de los actuales Estados Parte –entre ellos, España– respecto de un nuevo miembro queda comprendido en el artículo 94.1.b) de la Constitución. Asimismo, hay que reconocer el carácter político del Protocolo consultado (y su consiguiente inclusión en el supuesto del párrafo a) del artículo 94.1 de la Constitución) pues da ejecución a una decisión de trascendental importancia, adoptada en la Cumbre de la OTAN celebrada recientemente en Bucarest (abril de 2008), en virtud de la cual se prosigue la apertura de la Organización iniciada en las Cumbres de Bruselas, Madrid, Washington y Praga, compuesta en su origen exclusivamente por países occidentales, a Estados de Europa del Este». En el mismo sentido, dictámenes 1099/2008, de 17 de julio de 2008, emitido en el Protocolo al Tratado del Atlántico Norte relativo a la adhesión de la República de Albania;

¹³ Dictamen 2000/2008, de 4 de diciembre de 2008, emitido en el expediente relativo al Acuerdo entre el Reino de España y la República e Hungría relativo a la protección de la información clasificada en materia de defensa. También, el dictamen 1296/2008, de 18 de septiembre de 2008, recaído en el expediente relativo al Acuerdo entre el Reino de España y la República de Finlandia sobre protección recíproca de la información clasificada y el dictamen 1635/2008, de 22 de octubre de 2008, emitido en el expediente relativo al Acuerdo de Seguridad entre el Reino de España y Rumanía sobre Protección Recíproca de la Información Clasificada.

¹⁴ Dictamen 1481/2008, de 16 de octubre de 2008, emitido en el expediente sobre el Acuerdo entre el Reino de España y la República Islámica de Afganistán para el patrocinio de una Unidad del Ejército Nacional Afgano.

¹⁵ Dictamen 1944/2008, de 11 de diciembre de 2008, emitido en el Acuerdo entre el Ministro de Defensa de la República Francesa, el Ministro de Defensa del Reino de Bélgica, el Ministro de Defensa del Reino de España, el Ministro de Defensa Nacional de la República Helénica y el Secretario General del Consejo de la Unión Europea Alto Representante para la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) relativo a la puesta a disposición de la Unión Europea de las imágenes Helios II.

Guardia Civil española y que podrá desarrollar sus funciones y ejercicios en territorio español, se incluye caracterizadamente dentro de los tratados o convenios internacionales de naturaleza militar a que se refiere el párrafo b) del artículo 94.1 de la Constitución¹⁶.

(14) Los tratados que vedan al Reino de España el uso, la fabricación y la comercialización de un determinado tipo de armas –las municiones de racimo–, condicionando la política de defensa de los Estados Parte en cuanto a los medios de guerra que pueden emplear quedan comprendidos en el párrafo b) del artículo 94.1 de la Constitución¹⁷.

4. TRATADOS O CONVENIOS QUE AFECTEN A LA INTEGRIDAD TERRITORIAL DEL ESTADO O A LOS DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES ESTABLECIDOS EN EL TÍTULO I DE LA CONSTITUCIÓN

(15) Los convenios que regulan el traslado de personas condenadas a penas privativas de libertad entre el Reino de España y otros Estados quedan comprendidos en el artículo 94.1.c) de la Constitución, toda vez influyen decisivamente en el régimen de las citadas penas¹⁸.

(16) El convenio que prevé la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia, aunque no afecte a ninguna disposición legal interna –toda vez que la citada pena está completamente abolida en nuestro derecho interno–, queda comprendido en el ámbito del párrafo c) del artículo 94.1 de la Constitución¹⁹.

¹⁶ Dictamen 2422/2007, de 17 de enero de 2008, emitido en el expediente sobre el Tratado entre el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, el Reino de los Países Bajos y la República portuguesa por el que se crea la Fuerza de la Gendarmería Europea (EUROGENDFOR), hecho en Noordwijk, el 18 de octubre de 2007.

¹⁷ Dictamen 2097/2008, de 23 de diciembre, emitido en el expediente relativo a la Convención sobre municiones en racimo, hecha en Dublín el 30 de mayo de 2008.

¹⁸ Dictamen 1703/2008, de 6 de noviembre de 2008, recaído en el expediente relativo al Convenio de traslado de personas condenadas a penas privativas de libertad entre el Reino de Arabia Saudí y el Reino de España, hecho «ad referéndum» en Jeddah el 27 de mayo de 2008.

¹⁹ Dictamen 147/2008, de 28 de febrero de 2008, emitido en el expediente relativo al Protocolo número 13 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, relativo a la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia, hecho en Vilna el 3 de mayo de 2002. El dictamen dice: «*La conclusión ahora del Protocolo n.º 13 al CEDH por parte de España, que lleva hasta sus últimas consecuencias la proscripción en toda circunstancia de la pena de muerte, y que será asumida como una obligación internacional, está claramente en línea tanto con las determinaciones adoptadas en el plano interno desde hace años por el legislador –de modo que su incorporación al ordenamiento jurídico no implicará modificación legal alguna– como con la posición que se mantiene respecto de la pena de muerte en los foros internacionales. Asimismo, siguiendo*

(17) Los tratados que prevén una colaboración en materia de seguridad mediante el intercambio de información que afectará a datos personales afectan al derecho reconocido en el artículo 18 de la Constitución, por lo que quedan comprendidos en el artículo 94.1.c) de la Constitución²⁰.

5. TRATADOS O CONVENIOS QUE IMPLIQUEN OBLIGACIONES FINANCIERAS PARA LA HACIENDA PÚBLICA

(18) Los acuerdos internacionales que comportan la asunción de obligaciones financieras para la Hacienda pública, aunque no esté determinado su montante, requieren la previa autorización de las Cortes Generales²¹.

(19) Cuando el tratado prevé que los ingresos para el sostenimiento de EUROGENDFOR provendrán de las contribuciones de las Partes (artículo 35.3), ello implica que nacerán obligaciones financieras para la Hacienda Pública, de tal suerte que queda comprendido en el ámbito del artículo 94.1.d) de la Constitución²².

(20) Los convenios por virtud de los cuales el Reino de España se obliga a aportar una determinada cantidad dineraria en concepto de capital de un fondo internacional requieren la autorización de las Cortes Generales, de conformidad con lo establecido en el artículo 94.1.d) de la Constitución, al comportar obligaciones financieras para la Hacienda Pública²³.

(21) El Acuerdo por el que España se convertirá en donante adicional para agilizar el acceso a los métodos de diagnóstico y a los medicamentos para el SIDA, la malaria y la tuberculosis en los países más afectados

do la doctrina del Consejo de Estado antes expuesta para tratados sobre la misma materia, está claro que el Protocolo de referencia es un tratado internacional que afecta a un derecho fundamental establecido en el Título I de la Constitución, por lo que su conclusión por España requerirá la previa autorización de las Cortes Generales».

²⁰ Dictamen 1245/2008, de 11 de septiembre de 2008, emitido en el expediente relativo al Convenio entre el Reino de España y la República Argelina Democrática y Popular en materia de seguridad y de lucha contra el terrorismo y la criminalidad organizada.

²¹ Dictamen 931/2008, de 25 de junio de 2008, emitido en el expediente relativo al Convenio Internacional de las Maderas Tropicales, 2006, hecho en Nueva York el 27 de enero de 2006.

²² Dictamen 2422/2007, de 17 de enero de 2008, emitido en el expediente sobre el Tratado entre el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, el Reino de los Países Bajos y la República portuguesa por el que se crea la Fuerza de la Gendarmería Europea (EUROGENDFOR), hecho en Noordwijk, el 18 de octubre de 2007.

²³ Dictamen 1931/2008, de 4 de diciembre de 2008, emitido en el expediente sobre el Convenio de Adhesión del Reino de España al Convenio del Programa Cooperativo y del Convenio de Administración para el Fondo Regional de Tecnología Agropecuaria FON-TAGRO, hecho en Cartagena de Indias (Colombia) el 15 de marzo de 1998.

y colaborará en el mantenimiento de un mecanismo de financiación para la consecución del objetivo señalado, mediante la movilización de fondos suficientes para el funcionamiento eficaz de UNITAID, la Secretaría y las actividades relacionadas es subsumible en el párrafo d) del artículo 94.1 de la Constitución²⁴.

6. TRATADOS O CONVENIOS QUE SUPONGAN MODIFICACIÓN O DEROGACIÓN DE ALGUNA LEY O EXIJAN MEDIDAS LEGISLATIVAS PARA SU EJECUCIÓN

(22) Los acuerdos que contienen disposiciones sobre el reconocimiento de privilegios e inmunidades a un Organismo internacional y a sus funcionarios o a los participantes en una Conferencia Internacional, a celebrar en España (como Estado anfitrión) y convocada bajo los auspicios de un organismo internacional, requieren la previa autorización de las Cortes Generales por incidir su regulación en materia reservada a la ley en el ordenamiento español²⁵.

²⁴ Dictamen 1204/2008, de 11 de septiembre de 2008, emitido en el expediente relativo al Acuerdo de Adhesión al Memorando de entendimiento entre la República Federativa del Brasil, la República Francesa, la República de Chile, el Reino de Noruega, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la Organización Mundial de la Salud, relativo al dispositivo internacional para la compra de medicamentos (Unitaid), hecho en Ginebra el 8 de mayo de 2007.

²⁵ Para los participantes en las conferencias internacionales: Dictamen 2296/2007, de 31 de enero de 2008, emitido en el expediente sobre el Canje de Cartas entre el Reino de España y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) relativo a la celebración de la 15ª Reunión Ordinaria entre las Partes Contratantes del Convenio para la Protección del Medio Marino y la Región Costera del Mediterráneo y sus Protocolos; en el mismo sentido, dictamen 548/2008, de 10 de abril de 2008, sobre Acuerdo de Sede entre el Reino de España y el Consejo Oleícola Internacional, hecho en Madrid el 20 de noviembre de 2007; en el mismo sentido, dictamen 320/2008, de 13 de marzo de 2008, emitido en relación con el Canje de Notas entre el Reino de España y las Naciones Unidas para el Acuerdo de Sede de la Reunión informal preparatoria de la 7ª Sesión del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las cuestiones indígenas; dictamen 5/2008, de 31 de enero de 2008, emitido en el expediente relativo al Canje de Cartas entre el Reino de España y las Naciones Unidas para la celebración de la reunión de un grupo de expertos titulada «Haciéndolo funcionar: La participación de la sociedad civil en la aplicación de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad»; dictamen 1205/2008, de 11 de septiembre de 2008, emitido en el expediente relativo al Acuerdo de Sede entre el Reino de España y la Agencia Comunitaria de Control de Pesca.

Para el personal de las organizaciones internacionales: Dictamen 750/2008, de 14 de mayo de 2008, recaído en el expediente sobre el Acuerdo Marco entre el Reino de España y el Organismo de Obras Públicas y Socorro de las Naciones Unidas para los Refugiados de Palestino en el Cercano Oriente (OOPS); en el mismo sentido, el dictamen 710/2008, de 8 de mayo de 2008, emitido en el expediente relativo al Convenio de Sede entre España y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) para el establecimiento de una oficina de representación de la OIM en España.

(23) Los convenios internacionales que promueven la cooperación en materia fiscal para luchar contra la evasión y el fraude tributario, en concreto, en el ámbito de las obligaciones tributarias y de cotización de la Seguridad Social a través del intercambio de información, la asistencia en el cobro y la notificación de documentos, inciden en materias reguladas en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria; por consiguiente, están incluidos en el supuesto del párrafo e) del artículo 94.1 de la Constitución, requiriendo autorización de las Cortes Generales previa a su ratificación por España²⁶. También lo están los convenios que prevén el intercambio de información en materia tributaria²⁷ y los que tienen por objeto evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta²⁸.

²⁶ Dictamen 1657/2008, de 30 de octubre de 2008, emitido en el expediente relativo al Convenio de Asistencia Mutua Administrativa en materia fiscal (número 127) del Consejo de Europa, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1998.

²⁷ Dictamen 549/2008, de 17 de abril de 2008, emitido en el expediente relativo al Acuerdo sobre intercambio de información en materia tributaria entre el Reino de España y el Reino de los Países Bajos en nombre de las Antillas Holandesas; en el mismo sentido, dictamen 1702/2008, de 20 de octubre de 2008, emitido en el expediente relativo al Acuerdo sobre intercambio de información en materia tributaria entre el Reino de España y el Reino de los Países Bajos en nombre de Aruba.

²⁸ Dictamen 2041/2008, de 18 de diciembre de 2008, relativo al Convenio entre el Reino de España y la República de Trinidad y Tobago para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta. En el mismo sentido el dictamen 9/2008, de 31 de enero de 2008, emitido en el expediente relativo al Convenio entre el Reino de España y la República de Moldavia para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio; el dictamen 117/2008, de 21 de febrero de 2008, emitido en el expediente sobre el Convenio entre el Reino de España y la República de Armenia para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio; el dictamen 127/2008, de 21 de febrero de 2008, emitido en el expediente sobre el Convenio entre Georgia y el Reino de España para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio; el dictamen 482/2008, de 3 de abril de 2008, emitido en el expediente relativo al Convenio entre el Reino de España y la República de Namibia para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuesto sobre la renta y sobre el patrimonio; el dictamen 483/2008, de 3 de abril de 2008, emitido en el expediente relativo al Convenio entre el Reino de España y la República Federal de Nigeria para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuesto sobre la renta y sobre el patrimonio; el dictamen 491/2008, de 3 de abril de 2008, emitido en el expediente relativo al Convenio entre el Reino de España y Jamaica para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuesto sobre la renta y sobre el patrimonio; el dictamen 899/2008, de 12 de junio de 2008, emitido en el expediente relativo al Convenio entre el Reino de España y el Estado de Kuwait para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuesto sobre la renta y sobre el patrimonio; el dictamen 1046/2008, de 10 de julio de 2008, emitido en el expediente relativo al Convenio entre el Reino de España y la República de El Salvador para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio

(24) Los tratados que prevén la supresión, total o parcial, de visados, afectan al régimen de derechos y libertades de los extranjeros en España, establecido hoy en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, modificada por las Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre, y 14/2003, de 20 de noviembre, lo que implica la necesidad de autorización por las Cortes Generales en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 94.1.e) de la Constitución. Y, aunque el artículo 2 de la citada ley orgánica excluya de su ámbito de aplicación a agentes diplomáticos y funcionarios consulares y miembros de misiones diplomáticas y de las oficinas consulares y sus familiares, lo que hace es remitirse a las normas de Derecho internacional, sin que ello signifique que la materia deje de estar bajo reserva de ley. Por consiguiente, quedan comprendidos en el ámbito del apartado e) del artículo 94.1 de la Constitución²⁹.

(25) Los convenios internacionales que prevén que los familiares dependientes del personal diplomático, consular, administrativo y técnico de las Misiones diplomáticas y Oficinas Consulares de Estados extranjeros pueden desarrollar libremente actividades remuneradas quedan comprendidos en el artículo 94.1.e) de la Constitución, toda vez que inciden en materias reguladas por ley –en concreto la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social– y vinculadas al levantamiento de la inmunidad frente a la jurisdicción penal³⁰.

²⁹ Dictamen 22/2008, de 14 de febrero de 2008, emitido en el expediente sobre el Acuerdo entre el Reino de España y la República de Bolivia sobre la supresión recíproca de visados en pasaportes diplomáticos y oficiales o de servicios.; en el mismo sentido, dictamen 898/2008, de 19 de junio de 2008, emitido en el Acuerdo entre el Gobierno de España y el Gobierno de los Emiratos Árabes Unidos sobre supresión recíproca de visados en pasaportes diplomáticos.

³⁰ Dictamen 319/2008, de 6 de marzo de 2008, emitido en el expediente relativo al Acuerdo entre el Reino de España y la República de Panamá sobre el libre ejercicio de actividades remuneradas para familiares dependientes del personal diplomático, consular, administrativo y técnico de misiones diplomáticas y oficinas consulares; dictamen 1846/2008, de 20 de noviembre de 2008, emitido en el expediente relativo al Acuerdo entre el Gobierno Español y el Gobierno macedonio sobre el libre ejercicio de actividades remuneradas para familiares dependientes del personal diplomático, consular, administrativo y técnico de Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares (no consta ni fecha ni lugar donde fue hecho); dictamen 1929/2008, de 27 de noviembre de 2008, emitido en el expediente relativo al Acuerdo entre el Reino de España y el Estado de Israel sobre el libre ejercicio de actividades remuneradas para familiares dependientes del personal diplomático, administrativo y técnico de las Misiones Diplomáticas; Dictamen 1930/2008, de 27 de noviembre, recaído en el expediente relativo al Acuerdo entre España y Jamaica sobre el libre ejercicio de actividades remuneradas para familiares dependientes del personal diplomático, consular, administrativo y técnico de Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares; Dictamen 984/2008, de 3 de julio de 2008, recaído en el expediente relativo al Acuerdo entre el Reino

(26) También quedan incluidos en el ámbito del apartado e) del artículo 94.1 de la Constitución, los tratados internacionales que prevén la exención o la reducción de las tasas consulares previstas en la legislación —en concreto, en la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, y en la Ley 7/1987, de 29 de mayo, de Tasas Consulares³¹—.

(27) Los convenios internacionales que regulan el régimen de la información clasificada intercambiada entre España y otros Estados afectan a la Ley de Secretos Oficiales de 5 de abril de 1968 y, por consiguiente, quedan incluidos en el artículo 94.1.e)³².

(28) Los convenios internacionales que crean o modifican un mercado ibérico en el mercado de la energía eléctrica quedan incluidos en el ámbito del artículo 94.1.e) de la Constitución por afectar a la Ley 54/1997, de 27 de noviembre³³.

(29) El Anexo VI del Protocolo al Tratado Antártico sobre protección del medio ambiente tiene por objeto el régimen de responsabilidad derivada de emergencias medioambientales, materia cuya regulación está confiada en nuestro ordenamiento a normas con rango de ley (*a. e.* Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental), por lo que queda comprendido en el párrafo e) del artículo 94.1 de la Constitución y requiere, pues, la autorización de las Cortes Generales con carácter previo a la prestación del consentimiento del Estado³⁴.

(30) La Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, también conocida como Convención de Nueva York, aprobada por Naciones Unidas el 21 de mayo de 1997 es la primera norma de carácter universal sobre las

de España y la República Gabonesa sobre el libre ejercicio de actividades remuneradas para familiares dependientes del personal diplomático, consular, administrativo y técnico de Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares;

³¹ Dictamen 1979/2008, de 4 de diciembre de 2008, emitido en el expediente relativo al Convenio de Seguridad Social entre España y Japón.

³² Dictamen 1296/2008, de 18 de septiembre de 2008, emitido en el expediente relativo al Acuerdo entre el Reino de España y la República de Finlandia sobre la protección recíproca de la información clasificada; dictamen 1763/2008, de 30 de octubre de 2008, emitido en el expediente relativo al Acuerdo entre el Reino de España y la República Eslovaca para la protección mutua de información clasificada (no consta dónde fue hecho).

³³ Dictamen 2531/2007, de 14 de febrero de 2008, emitido en el expediente de modificación del Convenio Internacional relativo a la constitución del mercado ibérico de la energía eléctrica entre el Reino de España y la República Portuguesa, hecho en Santiago de Compostela de 1 de octubre de 2004.

³⁴ Dictamen 168/2008, de 6 de marzo de 2008, emitido en el expediente relativo al Anexo VI del Protocolo al Tratado Antártico sobre protección del Medio Ambiente (Responsabilidad derivada de emergencias medioambientales), hecho en Estocolmo el 17 de junio de 2005.

cuenas hídricas internacionales, en la que se combinan las previsiones sobre los usos del agua con la cooperación interestatal y la conservación ambiental, a partir de la integración de tres principios: **la utilización equitativa y razonable del agua, la cooperación y acuerdo como principios** de actuación de los Estados Parte y la obligación de no causar males sensibles a los recursos hídricos compartidos entre varios Estados incide en materias reguladas por ley, así en el texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, y en la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre y por consiguiente requiere la previa autorización de las Cortes Generales antes de que el Estado preste su consentimiento en obligarse³⁵.

(31) Los instrumentos internacionales que afectan a la protección y utilización de los cursos de agua transfronterizos y de los lagos internacionales requieren la previa autorización de las Cortes Generales toda vez que regulan materias que están disciplinadas por ley en el ordenamiento español; en concreto, recaen sobre materias regidas por la Ley de Aguas –Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio y Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos³⁶—.

(32) Los acuerdos marco que tienen como fin hacer viable la cooperación transfronteriza en materia entre las Administraciones española y francesa quedan comprendidos en el artículo 94.1. e) de la Constitución, toda vez que, de una parte, las autoridades sanitarias españolas no tienen competencias para concertar los términos de la prestación sanitaria a ciudadanos extranjeros y, de otra parte, afecta a una materia regulada por ley en el ordenamiento español; en concreto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y en el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio³⁷.

³⁵ Dictamen 1207/2008, de 11 de septiembre de 2008, emitido en el expediente relativo a la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, hecho en Nueva York el 21 de mayo de 1997.

³⁶ Dictamen 1471/2008, de 9 de octubre de 2008, emitido en el expediente relativo a las Enmiendas a los artículos 25 y 26 del Convenio sobre protección y utilización de los cursos de agua transfronterizos y de los lagos internacionales, hechas en Ginebra el 28 de noviembre de 2003. También el Dictamen 1473/2008, de 9 de octubre de 2008, emitido en el expediente relativo al Protocolo sobre el agua y la salud anejo al Convenio de 1992 sobre la protección y utilización de los cursos de agua transfronterizos y de los lagos internacionales, hecho en Londres el 17 de junio de 1989.

³⁷ Dictamen 1575/2008, de 30 de octubre de 2008, emitido en el Acuerdo marco entre la República Francesa y el Reino de España sobre cooperación sanitaria transfronteriza, hecho en Zaragoza el 27 de junio de 2008.

(33) Los tratados sobre inmigración quedan comprendidos en el ámbito del artículo 94.1.e), al afectar a disposiciones españolas con rango de Ley³⁸.

(34) También, los tratados internacionales que prevén la asistencia mutua en materia de inmigración, la puesta en práctica de programas de retorno voluntario y asistido de migrantes nacionales y el intercambio de información afectan de modo directo a materias reguladas por ley en ordenamiento español y, por consiguiente, quedan incluidos en el ámbito de los supuestos de los párrafos c) y e) del artículo 94.1 de la Constitución³⁹.

(35) El tratado que prevé la cooperación del Reino de España con otro Estado para el patrullaje conjunto de los espacios marítimos bajo soberanía y jurisdicción caboverdiana por medio de la prestación de aeronaves, embarcaciones y personal de las fuerzas españolas, con el fin de controlar, vigilar y prevenir la comisión de actos ilícitos internacionales a través de la interceptación de embarcaciones sospechosas de realizar actividades de tráfico ilegal de personas, drogas y armas queda comprendido en el artículo 94.1.e) de la Constitución⁴⁰.

(36) Los tratados internacionales relativos a la represión del terrorismo quedan comprendidos en el artículo 94.1.e) de la Constitución. Más cuando el convenio tipifica tres nuevos delitos como son la provocación pública para cometer delitos terroristas, el reclutamiento con fines terroristas y el adiestramiento con igual finalidad⁴¹. También lo están los convenios que prevén la tipificación penal de conductas represoras del tráfico de seres humanos⁴².

(37) Los Tratados de cooperación judicial en materia penal quedan comprendidos en el párrafo e) del artículo 94.1 de la Constitución por afectar sus previsiones —estableciendo regímenes particulares de cooperación—

³⁸ Dictamen 851/2008, de 5 de junio de 2008, emitido en el expediente relativo al Acuerdo Marco de Cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Níger.

³⁹ Dictamen 1712/2008, de 6 de noviembre de 2008, emitido en el expediente relativo al Acuerdo de Cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Guinea Bissau, hecho «ad referéndum» en Bissau el 27 de enero de 2008.

⁴⁰ Dictamen 133/2008, de 28 de febrero de 2008, emitido en el expediente sobre el Acuerdo entre el Reino de España y la República de Cabo Verde sobre vigilancia conjunta de los espacios marítimos bajo soberanía y jurisdicción de Cabo Verde.

⁴¹ Dictamen 1560/2008, de 2 de octubre de 2008, emitido en el expediente sobre el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

⁴² Dictamen 1068/2008, de 17 de julio de 2008, emitido en el expediente relativo al Convenio del Consejo de Europa para la lucha contra el tráfico de seres humanos (Convenio número 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

a materias reguladas en el ordenamiento español por la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículos 276 a 278) y la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁴³.

(38) Los convenios sobre transporte aéreo precisan la autorización de las Cortes Generales previa a su conclusión si inciden en materias reguladas por la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea⁴⁴.

(39) Los acuerdos cuyo objeto es establecer las condiciones para el ejercicio de la actividad de pesca en aguas jurisdiccionales de la República Portuguesa y del Reino de España, sujetas a los regímenes específicos de acceso para las Regiones Ultraperiféricas, para embarcaciones de las flotas artesanales matriculadas o con puerto base en los puertos de las Regiones Autónomas de las Azores, de Madeira y de la Comunidad Autónoma de Canarias, más allá de las 12 millas náuticas, incide en materia regulada por ley (Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado) y, por consiguiente, ha de ser autorizado por las Cortes Generales al quedar comprendido en el párrafo e) del artículo 94.1 de la Constitución⁴⁵.

(40) Requieren la previa autorización de las Cortes Generales los convenios internacionales cuyo fin es conseguir una normalización de los títulos del personal de los buques pesqueros entre los Estados Parte, a cuyo efecto éstos se obligan a adoptar las medidas legislativas y reglamentarias necesarias para garantizar así que el personal enrolado en los buques pesqueros de navegación marítima tenga la competencia y la aptitud debidas para desempeñar sus funciones⁴⁶.

(41) El Acuerdo entre los Estados miembros de la Unión Europea relativo a las reclamaciones presentadas por un Estado miembro contra otro Estado miembro por daños causados a los bienes del Estado utilizados o manejados por el primero, o por lesiones o muerte sufridas por miembros del personal militar o civil de sus fuerzas, en el contexto de una operación de la Unión Europea de gestión de crisis afecta a regulaciones nacionales contenidas en norma con rango de ley, de tal suerte que requieren la previa autorización de

⁴³ Dictamen 21/2008, de 14 de febrero de 2008, emitido en el expediente relativo al Convenio entre el Reino de España y la República de Corea relativo a la asistencia judicial en materia penal.

⁴⁴ Dictamen 2341/2007, de 10 de enero de 2008, sobre el Acuerdo de Transporte aéreo, hecho en Bruselas el 25 de abril de 2007 y Washington el 30 de abril de 2007; en el mismo sentido, dictamen 751/2008, de 14 de mayo de 2008, sobre el Acuerdo sobre el Transporte aéreo entre el Reino de España y los Emiratos Árabes Unidos.

⁴⁵ Dictamen 226/2008, de 27 de marzo de 2008, emitido en relación con el Acuerdo entre el Reino de España y la República Portuguesa para el ejercicio de la actividad de la flota pesquera artesanal de las Azores, Madeira y Canarias.

⁴⁶ Dictamen 267/2008, de 27 de marzo de 2008, emitido en el expediente relativo al Convenio Internacional sobre Normas de Formación, Titulación y Guardia para el personal de los buques pesqueros, 1995, hecho en Londres el 7 de julio de 1995.

las Cortes Generales antes de que el Estado manifieste su consentimiento en obligarse conforme al artículo 94.1.e) de la Constitución⁴⁷.

(42) También quedan incluidos en el ámbito del artículo 94.1.e) de la Constitución los tratados que prevén el sometimiento a arbitraje de las controversias entre los inversores de las Partes contratante y la Administración española, pues reduce el ámbito de jurisdicción reconocido en el artículo 24 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, a los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo⁴⁸.

(43) El convenio núm. 187 de la OIT relativo al marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, hecho en Ginebra el 31 de mayo de 2006, afecta directamente al artículo 4.2.c) del Estatuto de los Trabajadores y a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de riesgos laborales, de tal manera que queda comprendido en el ámbito del artículo 94.1.e) de la Constitución⁴⁹.

7. TRATADOS O CONVENIOS QUE NO REQUIEREN LA AUTORIZACIÓN PREVIA DE LAS CORTES GENERALES

(44) Los gastos derivados de las actividades realizadas en el marco del convenio se cubrirán con cargo a los créditos previstos en el presupuesto ordinario, no siendo de carácter financiero y teniendo que ser atendidos con las consignaciones presupuestarias ordinarias de los departamentos afectados, más allá de cuyos límites no pueden generarse, por tanto, obli-

⁴⁷ Dictamen 1011/2008, de 10 de julio de 2008, emitido en el Acuerdo entre los Estados miembros de la Unión Europea relativo a las reclamaciones presentadas por un Estado miembro contra otro Estado miembro por daños causados a los bienes del Estado utilizados o manejados por el primero, o por lesiones o muerte sufridas por miembros del personal militar o civil de sus fuerzas, en el contexto de una operación de la UE de gestión de crisis, hecho en Bruselas el 28 de abril de 2004.

⁴⁸ Dictamen 401/2008, de 27 de marzo de 2008, emitido sobre el Acuerdo entre el Reino de España y la República de Senegal para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho «ad referendum» en Dakar el 22 de noviembre de 2007; también el dictamen 2448/2007, de 17 de enero de 2008, emitido en el expediente sobre el Acuerdo entre el Reino de España y la Gran Jamahiriya Árabe Libia Popular Socialista para la promoción y protección recíproca de inversiones; en el mismo sentido, dictamen 490/2008, de 3 de abril de 2008, emitido en el expediente relativo al Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Bahréin para la promoción y protección recíproca de inversiones; dictamen 1714/2008, de 20 de octubre de 2008, emitido en el expediente relativo al Acuerdo entre el Reino de España y la República del Yemen para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho ad referendum en Madrid el 29 de enero de 2008;

⁴⁹ Dictamen 1282/2008, de 18 de septiembre de 2008, emitido en el expediente relativo al Convenio número 187 de la OIT, sobre el marco promocional sobre la seguridad y salud en el trabajo, hecho en Ginebra el 31 de mayo de 2006.

gaciones de gasto. Por consiguiente, el tratado queda comprendido en el artículo 94.2 de la Constitución⁵⁰.

(45) Los convenios que introducen en otros tratados modificaciones de mero carácter formal, de nomenclatura y de índole técnica o relativas a la organización y funcionamiento de una Conferencia internacional, sin comportar implicaciones o repercusiones económicas no requieren la previa autorización de las Cortes Generales, al quedar comprendidos en el artículo 94.2 de la Constitución⁵¹.

(46) Los canjes de notas sobre el reconocimiento recíproco y el canje de los permisos y licencias de conducir nacionales no requieren la previa autorización de las Cortes Generales, en cuanto que se ocupa de cuestiones propias de la actividad de policía administrativa, materia objeto de regulación reglamentaria⁵².

(47) La creación de una Comisión Intergubernamental hispano-francesa para la supervisión de la construcción y explotación de la sección internacional del enlace ferroviario de alta velocidad «Sur Europa Atlántico» no incide en ninguna materia reservada a la Ley, de tal manera que no se precisa autorización parlamentaria⁵³.

(48) Los instrumentos de enmienda a la Constitución y al Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones que no afectan a regulaciones legales sustantivas en materia de telecomunicaciones ni comportan

⁵⁰ Dictamen 2447/2007, de 31 de enero de 2008, emitido en el expediente relativo al Acuerdo de Cooperación Cultural, Deportiva y Educativa entre el Reino de España y la República de Filipinas; en el mismo sentido, dictamen 595/2008, de 30 de abril de 2008, emitido en el expediente relativo al Canje de Notas entre el Reino de España y la Organización Internacional de la Energía Atómica (OIEA) y la FAO, relativo a la celebración en la ciudad de Valencia de la reunión técnica sobre la mejora del rendimiento del macho estéril en el programa sobre insectos estériles de la mosca de la fruta y de la reunión técnica sobre el desarrollo de la cría en masa de plagas de la mosca de la fruta del nuevo mundo (*Anastrepha*) y de Asia (*Bactrocera*) en apoyo de la TIE.

⁵¹ Dictamen 1472/2008, de 16 de octubre de 2008, emitido en expediente relativo al Protocolo de Enmienda al Convenio de Integración Cinematográfica Iberoamericana, hecho en Córdoba el 28 de noviembre de 2007.

⁵² Dictamen 23/2008, de 14 de febrero de 2008, emitido en el Canje de notas entre el Reino de España y la República de Guatemala sobre el reconocimiento recíproco y el canje de los permisos y licencias de conducción nacionales; en el mismo sentido, dictamen 550/2008, de 17 de abril de 2008 emitido en el expediente relativo al Canje de notas entre el Reino de España y la República de Filipinas sobre el reconocimiento recíproco y el canje de los permisos de conducción nacionales.

⁵³ Dictamen 125/2008, de 21 de febrero de 2008, emitido en el expediente sobre el Acuerdo entre el Reino de España y la República Francesa referente a la creación de una comisión intergubernamental hispano-francesa para la supervisión de la construcción y explotación de la sección internacional del enlace ferroviario de alta velocidad «Sur Europa Atlántico».

nuevas implicaciones de gasto público no precisan de la previa autorización de las Cortes Generales para que el Estado se obligue⁵⁴.

(49) Los acuerdos sobre la creación de una Comisión Intergubernamental hispano-francesa para proponer una selección de proyectos de Autopistas del Mar no implican por sí mismos la contratación de obligaciones financieras para la Hacienda Pública española y que, dada la finalidad estricta de cooperación administrativa, no se incluye en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 94.1 de la Constitución⁵⁵.

(50) Los convenios internacionales que prevén la creación de un Fondo que se financiará con los recursos financieros procedentes de la factura petrolera generados por los acuerdos que puedan suscribirse entre compañías operadoras españolas –no directamente el Gobierno español– y la empresa estatal venezolana⁵⁶.

(51) El acuerdo internacional que tiene por objeto establecer un currículo mixto para los centros docentes franceses y españoles a fin de que los alumnos puedan obtener los títulos de Bachiller y Baccalauréat y acceder a la enseñanza superior española, en virtud de lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación para los titulados en sistemas educativos de Estados miembros de la Unión Europea, y a la enseñanza superior francesa, por estar en posesión del título de Baccalauréat no precisa autorización previa de las Cortes Generales para que el Estado preste su consentimiento en obligarse⁵⁷.

(52) Los acuerdos de cooperación cultural y educativa redactados en términos muy amplios y cautelosos, que dejan a salvo el Derecho interno de las Partes y establecen compromisos generales y flexibles, no dan lugar a la aplicación del artículo 94.1 de la Constitución⁵⁸.

(53) El canje de notas que se limita a reconocer que el Centro Cultural de España en Santiago, que fue creado en 1993 en aplicación del artículo

⁵⁴ Dictamen 1932/2008, de 18 de diciembre de 2008, emitido en el expediente relativo a los Instrumentos de enmienda a la Constitución y al Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (Ginebra, 1992), hechos en Natalia (Turquía) el 24 de noviembre de 2006.

⁵⁵ Dictamen 372/2008, de 27 de marzo de 2008, emitido en el Acuerdo entre el Reino de España y la República Italiana referente a la creación de una Comisión hispano-italiana para la promoción, establecimiento y explotación de una o varias autopistas del mar entre España e Italia.

⁵⁶ Dictamen 2126/2008, de 23 de diciembre, relativo al Acuerdo Marco de colaboración en materia energética entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela, hecho «ad referendum» en Madrid el 24 de octubre de 2008.

⁵⁷ Dictamen 134/2008, de 28 de febrero de 2008, relativo al Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República Francesa relativo a la doble titulación Bachiller y de Baccalauréat, hecho ad referendum en París el 10 de enero de 2008.

⁵⁸ Dictamen 895/2008, de 12 de junio de 2008, emitido en el expediente relativo al Acuerdo entre el Reino de España y el Estado de Kuwait sobre cooperación cultural, educativa y científica.

15.3 del Tratado de Cooperación y Amistad de 19 de octubre de 1990, constituye una entidad integrante de la Embajada de España en Chile; que los privilegios e inmunidades aplicables al Director del Centro serán los previstos en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961, para los miembros del personal administrativo y técnico de una Misión Diplomática o para el personal diplomático, según la calidad en que el citado Director sea enviado por el Estado español y que el régimen de exención de impuestos y derechos a la importación del material necesario para el funcionamiento del Centro es el previsto en el artículo XVI del Convenio Cultural celebrado entre las Partes el 18 de diciembre de 1967, no requiere la autorización de las Cortes Generales⁵⁹.

(54) Los acuerdos que constituyen una especificación de los compromisos genéricos de colaboración parlamentaria previstos en el vigente Tratado de Amistad, Buena Vecindad y Cooperación entre el Reino de España y la República Argelina Democrática y Popular, de 8 de octubre de 2002, sin hacer surgir una nueva obligación internacional para las Partes e, incluso, las eventuales implicaciones financieras de la colaboración prevista no son concretadas sino que se defieren a instrumentos específicos de desarrollo para la aplicación del Acuerdo, no quedan comprendidos en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 94.1 de la Constitución⁶⁰.

II. UNIÓN EUROPEA

(55) El cauce adecuado para transferir competencias a la Unión Europea es mediante Ley Orgánica, conforme previene el artículo 93 de la Constitución⁶¹.

⁵⁹ Dictamen 535/2008, de 10 de abril de 2008, relativo al Canje de Notas entre el Reino de España y la República de Chile sobre el estatus jurídico del Centro Cultural de España en Santiago (Chile).

⁶⁰ Dictamen 536/2008, de 10 de abril de 2008, relativo al Acuerdo de Cooperación entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República Argelina Democrática y Popular en el ámbito de las relaciones parlamentarias, hecho «ad referéndum» en Argel el 13 de marzo de 2007.

⁶¹ Dictamen 24/2008, de 13 de marzo de 2008, emitido en el expediente sobre el Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y los Tratados Constitutivos de la Comunidad Europea, hecho en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. El dictamen dice: «*Resulta pues claro que, en principio, el artículo 93 de la Constitución es «la vía específica cualificada e idónea para que España vaya cubriendo las diversas etapas de la construcción europea, de cuya naturaleza evolutiva era, sin duda, consciente el legislador constitucional».* Así se deriva de su naturaleza en cuanto cláusula mediante la que, a través de un mecanismo ad hoc previsto por la propia Constitución, se permite verificar una transferencia del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución a la Unión sin

necesidad de previa reforma constitucional, siempre que tal cesión no traspase los límites materiales inherentes que se derivan de la Constitución. Desde este punto de vista han de someterse a análisis las reformas que introduce el Tratado de Lisboa. Como se ha significado en los antecedentes del presente dictamen, son muchas las innovaciones sustantivas que incorpora el Tratado (.../...) De la literalidad del artículo 93 de la Constitución, tal como expuso el Dictamen 2544/2004, se desprenden algunos límites a la posibilidad de que mediante ley orgánica se transfieran competencias derivadas de la Constitución a una organización supranacional como es, caracterizadamente, la Unión Europea. Primero, la atribución lo es del ejercicio de competencias y no de su titularidad, pudiendo advertirse como señales inequívocas de esto en el Tratado de Lisboa los preceptos que habilitan para que los proyectos de revisión de los Tratados tengan por finalidad reducir las competencias atribuidas a la Unión o considerar la retirada de los Estados miembros, cuyas previsiones ponen de manifiesto el carácter revocable o recuperable de la cesión. Segundo, la atribución está referida a las competencias «derivadas de la Constitución», incluido el ejercicio de potestades normativas, ejecutivas y judiciales que comporta «una determinada limitación o constricción, a ciertos efectos, de atribuciones y competencias de los poderes públicos españoles» (Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992). El hecho de que con el Tratado de Lisboa la adopción de decisiones por el Consejo en virtud de mayoría cualificada se expanda drásticamente frente a la regla de la unanimidad entraña, sin duda, la aceptación por los poderes públicos españoles de una limitación de sus competencias, pues no tendrán la posibilidad de frenar con su voto actos jurídicos de la Unión que les vincularán en los ámbitos de competencias objeto de transferencia (sin perjuicio de los mecanismos de freno o de exclusión previstos en determinados supuestos, particularmente en las cooperaciones reforzadas). En tercer lugar, la atribución lo es «de competencias» y no de «las» competencias, de lo que resulta que no cabe una atribución en bloque o global de la totalidad de las competencias que supusiera un vaciamiento de las estatales o la quiebra de la pervivencia de la organización política del Estado o, incluso, una atribución indeterminada de competencias. De un modo especial en este punto el Tratado de Lisboa adoptado por los Estados miembros se ha mostrado muy sensible en aras de contener las suspicacias de algunos de ellos. Así, además de despojarse de los signos estatales y constitucionales que revestían el Tratado Constitucional y que erigían a la Unión como una entidad «en paralelo» a los Estados, el nuevo Tratado insiste a lo largo de su texto en cercenar de manera expresa y a radice eventuales ampliaciones de competencias en manos de las instituciones de la Unión, desarrollando los principios de atribución, de subsidiariedad y de proporcionalidad, y obstaculizando así el campo propicio para la tradicional expansión indirecta del ámbito común por vías como la doctrina del paralelismo entre las competencias internas y externas de la Comunidad o el principio de efectividad. (.../...) A la luz de las consideraciones expuestas y habida cuenta de los términos expresos de contención en que el Tratado de Lisboa verificará la transferencia de competencias derivadas de la Constitución por el Reino de España a la Unión Europea, procede concluir que el cauce constitucional idóneo para ratificar dicho Tratado es el previsto en el artículo 93 de la Constitución, puesto que el desplazamiento de las normas constitucionales que atribuyen competencias a los poderes públicos españoles para que pasen a ejercitarlas las instituciones correspondientes de la Unión Europea tiene lugar dentro de la amplia libertad de configuración normativa que deriva de la Constitución española y -en términos de la DTC 1/1992- sin que se advierta que «dispone» de los límites materiales inherentes a ésta, esto es, sin contrariar ni permitir contrariar sus determinaciones».

BIBLIOGRAFÍA

RECENSIÓN DE LIBROS

RECENSIÓN DE LIBROS

Por Emilio Fernández-Piñeyro y Hernández
Coronel Auditor

ALBERTO RUIZ OJEDA (Director). Derecho de la Regulación Económica. VI. Transportes. 1.^a Edición. Iustel, 2011

Gabriel Benítez Morcillo, Tomás Cano Campos, Manuel Estepa Montero, Juan García Pérez, María Isabel Rivas Castillo, Alberto Ruiz Ojeda, Marc Tarrés Vives y Patricia Valcárcel Fernández, acaban de sacar a la luz un Tomo de 1102 Páginas, el sexto de la Colección *Derecho de la Regulación Económica*, dirigida por Santiago Muñoz Machado, dedicado al estudio, en el siempre relevante sector estratégico de los Transportes, del fenómeno regulatorio.

En efecto, el Derecho de la Regulación como rama emergente del Derecho Público Económico, obedece al notable desarrollo que ha venido teniendo el Derecho Comunitario Europeo en su empeño de liberalizar la economía en todos los ámbitos de la Unión combinando una fuerte tendencia a la exclusión en este campo de la mediatización política, pero no para volver a modelos liberales ya caducos, sino para encomendar su control a nuevas entidades reguladoras de los distintos sectores que permitan mantener y superar los avances históricos conseguidos solo a nivel nacional gracias a la dogmática del servicio público tan conocida en el acervo de los grandes sistemas jurídicos europeos.

Ciertamente, son ya numerosos entre nosotros los estudios generales sobre el Derecho Regulatorio y, aunque tampoco faltan obras que analizan la incidencia de esta disciplina en ámbitos sectoriales concretos, como el

del Transporte Aéreo (vgr. *Régimen Jurídico del Transporte Aéreo*. Adolfo Menéndez Menéndez (Director). Ed. Thomson-Civitas. Instituto de Empresa y Boeing. Madrid, 2005), es mérito de la obra que se reseña recoger las peculiaridades de la regulación en cada uno de los principales sectores de la economía y, en particular, por lo que respecta al presente Tomo VI, en un sector estratégico tan importante como el de los Transportes.

Pormenorizadamente, los ámbitos específicamente analizados en este Tomo desde el punto de vista del Derecho de la Regulación Económica son: El Régimen jurídico del transporte terrestre de mercancías y viajeros por carretera, El transporte público urbano, La regulación del Taxi, El Régimen del Sector Ferroviario, El del Transporte por Ferrocarril Urbano y Suburbano, El del Transporte Marítimo y la Nueva Regulación para la Competencia en el Transporte Aéreo con especial referencia al Cielo Único Europeo y a los Cielos Abiertos Transatlánticos.

Sin duda este último campo de estudio, a cargo de Gabriel Benítez Morcillo y Alberto Ruiz Ojeda, es el que reviste mayor interés desde el punto de vista del Derecho Militar al que esta publicación está consagrada.

En efecto, al iniciar el estudio del Cielo único Europeo y de la Zona Común de Aviación Transatlántica, los autores de esta parte del presente libro señalan que *El régimen de «corralitos aeronáuticos» consagrado por el Convenio de Chicago de 1944 hace tiempo que comenzó a carecer de vigencia real*, siendo la Comisión Europea la que ha asumido el liderazgo de las reformas ya muy avanzadas en la actualidad. Tras los sucesivos paquetes normativos liberalizadores del transporte aéreo en la Unión Europea de 1987, 1990 y 1992, los autores dan algunas pistas de la participación de representantes militares en el proceso de implantación del Cielo Único Europeo. Así, en el Informe del Grupo de Expertos de Alto Nivel, publicado en Noviembre de 2000, aparece, como orientación en el plano institucional, la de *desarrollar una complementariedad entre los poderes reguladores de la Unión Europea y la competencia y experiencia con que cuenta actualmente Eurocontrol y organizar la participación concreta y operativa de las autoridades militares en la elaboración y aplicación del marco reglamentario, utilizando los mecanismos creados por la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) («Segundo Pilar»)*, para avanzar progresivamente hacia una gestión común civil/militar del tráfico aéreo. Más recientemente, el *Primer Informe sobre la aplicación de la legislación relativa al cielo único: logros y perspectivas* de 20 de diciembre de 2007 en el que se daba cuenta de los progresos registrados en la aplicación del Cielo Único, recogiendo muchas de las recomendaciones formuladas en julio de 2007 por un segundo Grupo de

Alto Nivel, creado en 2006, para estudiar el futuro del marco regulador europeo en materia de aviación, explica cómo se va consiguiendo la separación entre prestación de servicios y el ejercicio de las potestades públicas y la regulación, e informa de que los Ministerios de Defensa también están representados en el proceso comunitario de toma de decisiones. El Comité del Cielo Único incluye a dos representantes por Estado miembro, uno civil y otro militar. Asimismo y al ocuparse, en otro momento, de la Red Transeuropea de gestión del Tráfico Aéreo, defiende la idea de que *Un gestor de la red, representante de todos los agentes del sector de la aviación, incluidas las instancias militares, debería encargarse de mejorar el diseño de las rutas y los sectores desde una perspectiva de red y constituir el eje principal para reforzar los servicios centrales de planificación de la capacidad y de gestión de los flujos de tráfico, así como para optimizar la utilización de la capacidad aeroportuaria, proporcionando normas claras sobre el acceso a la red y el uso eficiente de las rutas.* Por último y según recogen literalmente los autores arriba citados, en el párrafo 44 del mismo Informe se pone de manifiesto que: *Un marco regulador completo debería abarcar la seguridad, las condiciones económicas de la prestación de servicios, el diseño y el uso del espacio aéreo, la coordinación y la cooperación civil-militar y los aspectos técnicos y operativos. Todas estas actividades son competencia de la Unión Europea. Convendría que fuera eficaz y que garantizara el respeto de las normas por parte de todos: los Estados miembros, los proveedores de servicios y los usuarios.*

En fin, el esfuerzo hecho ahora por los autores anteriormente mencionados para explicar *El Cielo Único Europeo y los Cielos Abiertos Transatlánticos*, tanto en lo relativo al proceso seguido hasta ahora como en lo que supone sus últimas implicaciones desde el punto de vista regulatorio, resulta muy notable tanto por su exhaustividad como por su claridad.

Por lo demás, de la incidencia de todo esto en el ámbito aeronáutico militar se ha ocupado con detenimiento el autor de estas líneas en el epígrafe dedicado a *Soberanía y Gestión Unificada del Tráfico Aéreo* y, más en concreto, *El Cielo único Europeo y sus implicaciones militares* contenido en mi Estudio sobre *La Administración Aeronáutica. El Ministerio de Fomento y el Ministerio de Defensa: delimitación de competencias...*, publicado en la obra colectiva *Régimen Jurídico del Transporte Aéreo*, anteriormente mencionada.

En este sentido, no me resisto a transcribir aquí lo que el Jefe del Mando Aéreo de Combate consideraba en 2004 como principios irrenunciables

para lograr el mínimo de eficacia exigible a un Sistema de Vigilancia y Control Aéreo con el que Ejército del Aire pudiese garantizar nuestra soberanía¹:

- Las aeronaves militares deben ser capaces de operar en cualquier espacio aéreo, sea cual sea su clasificación.
- Las aeronaves militares deben ser capaces de acceder al espacio aéreo sin limitaciones de horario o temporada.
- Es necesaria la existencia de determinadas zonas que estén dedicadas prioritariamente a actividades militares.
- La distancia entre bases y zonas de trabajo deben ser lo suficientemente cortas para asegurar un mayor aprovechamiento de los recursos.
- Las zonas deben estar bajo cobertura radar del sistema de Defensa Aérea.
- El diseño de las zonas debe atender a las características de los sistemas de armas y a las actividades a realizar. Deben ser adecuadas en dimensiones horizontales y verticales y en su geometría.
- Las zonas de entrenamiento deben ser segregadas del resto del espacio aéreo en determinados momentos, de tal modo que la prohibición o limitación del tráfico civil en ellas garantice la seguridad de las aeronaves, civiles y militares, y del resto de los sistemas de armas.

¹ Intervención inédita del Teniente General del Ejército del Aire Manuel García Berrio sobre «El Punto de vista del Ejército del Aire» en el XIV Seminario Internacional de la Cátedra Alfredo Kindelán sobre «Utilización militar del espacio aéreo en el Cielo Único Europeo». Madrid. Noviembre de 2004.

NOTICIAS DE REVISTAS

NOTICIAS DE REVISTAS

José Leandro MARTÍNEZ-CARDOS RUIZ

SUMARIO

A) Cuestiones administrativas; B) Cuestiones de derecho internacional y humanitario de la guerra.

A) CUESTIONES ADMINISTRATIVAS

El número doble 280-281 de *Documentación administrativa*, enero-agosto 2008, pero publicado en 2010, está dedicado monográficamente a la potestad sancionadora incluyendo artículos de Juan Antonio García Amado, Eva Menéndez Sebastián, José Suay Rincón, Miriam Cueto Pérez, Javier Junceda Moreno, Leopoldo Tolivar Alas, Francisco López Menu-do, Encarnación Montoya Martín, Juan Manuel Alegre Ávila, Teresa Car-balleira Rivera, Anabelen Casares Marcos, Prudencia Moreno Trapiella y Mariano López Benítez.

B) CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL Y HUMANITARIO

En el *American Journal of International Law*, vol. 104, núm. 1, de enero de 2010, se incluyen dos artículos de interés. El primero, *Military Lawyers on the Battlefield: An Empirical Account of International Law* de

Laura A. Dickinson señala que la inserción de los jurídicos militares en las unidades y su configuración como órganos auxiliares del mando asegura un mayor grado de cumplimiento de las normas de derecho internacional. El segundo artículo de interés es el comentario de Valerie Oosterveld sobre el informe del Fiscal del Tribunal Especial para Sierra Leona (*Prosecutor v. Issa Asan Sesay, Morris Callón & Augustine Gbao*).

En el *American Journal of Comparative Law*, vol. LVIII, winter 2010, n. 1, se incluye un interesante artículo de Leila Nadya Sadat titulado *The Núremberg Parados*.

En *Public Law*, january 2010, se insertan dos análisis, uno de Clive Walker intitulado *The threat of terrorism and the fate of control orders* y otro, de David Jenkins, que lleva por título *The closure of Guantánamo Bay: what next for the detainees?*; y un artículo de Joo-Cheong Tham, *Parliamentary Deliberation and the National Security Executive: The case of Control Orders*. En la misma revista, de Julio, David Campbell publica un artículo *The threat of terrorism: David Campbell responds to Clive Walker*.

La *Harvard Law Review*, vol. 123, February 2010, n. 4 incluye una nota, sin firmar, *Prosecutorial power and the Legitimacy of the Military Justice System*.

La *Revista de Derecho Político*, número 77/2010, de enero-abril, inserta un artículo de Luis M. Cruz, *El derecho de reparación a las víctimas en el Derecho Internacional. Un estudio comparativo entre el derecho internacional de responsabilidad estatal y los principios básicos de reparación de víctimas de derechos humanos*.

Aun cuando excede del ámbito estrictamente jurídico, es de reseñar el número 147 de *Cuadernos de Estrategia*, de agosto de 2010, dedicado a los actores no estatales y la seguridad internacional y a su papel en la resolución de conflictos y crisis.

INFORMACIÓN

RECUERDOS DE UN AMIGO PERDIDO

(Nota necrológica del General Consejero Togado D. Javier Mata Tejada).



Siempre se hace difícil hablar sin cierto deje de emoción de una persona querida, cuando, además, su ausencia se produce como consecuencia de una dolorosa enfermedad que nos lo arrebató tan prematuramente. Pero hay que asumir que nuestro amigo y compañero Javier Mata nos dejó el día once de noviembre de 2010 cuando precisamente y después de una intensa y asendereada vida profesional en activo se abría para él la etapa en la que le hubiera correspondido disfrutar de su familia, de sus amigos y de sus aficiones.

Morir, hoy día, a los sesenta y dos años de edad significa una vida corta que, sin embargo, ha podido compensar su relativa fugacidad con

una enorme intensidad, pues los que bien le conocimos hemos sido testigos de su amor por la vida y por sus seres queridos, su actividad incesante y su entrega total a su profesión y en definitiva a las Fuerzas Armadas.

Esta entrega al Ejército ya empezó aun antes de su ingreso en el Cuerpo Jurídico Militar cuando se incorporó en sus prácticas de Milicias Uni-

versitarias a las Fuerzas Regulares en Melilla donde realizó su periodo de prácticas. Posteriormente, su primer destino como Jurídico Militar, una vez aprobadas las oposiciones, fue el de Teniente Auditor en la Fiscalía de la Novena Región Militar con sede en Granada. Ya como Capitán Auditor (quizá el destino más bonito del Cuerpo Jurídico en aquellos momentos de la jurisdicción compartida) prestó sus servicios en las Auditorias de Guerra de Canarias y después de la entonces IX Región Militar en Granada en cuyo destino yo le sustituí en 1982).

Ya a partir de ahí siempre hubo un intenso contacto profesional y personal entre nosotros pues su siguiente destino fue, una vez ascendido a Comandante, el Juzgado Togado de Melilla (que era jurisdicción de la Capitanía general de Granada), de donde pasó al Juzgado Togado de Málaga en los empleos de Comandante y Teniente Coronel. Esto implicaba su jurisdicción sobre el Tercio Alejandro Farnesio IV de La Legión con base en Ronda. Esto mantuvo su constante relación con el Tercio en este y sus anteriores destinos que le llevó a ser nombrado «Legionario de Honor» con derecho al uso y disfrute del característico gorro legionario conocido como «chapiri». Tal distinción y reconocimiento estaba plenamente justificada pues siempre supo cohonestar el rigor implícito en su función jurisdiccional con las peculiaridades intrínsecas de ese Cuerpo sin merma de la justicia y con aprovechamiento para la disciplina.

Su perfil jurisdiccional sufre un paréntesis cuando al ascender a Coronel es destinado a la Asesoría del Cuartel General del Aire lo que le hace pasar dos años en Madrid en funciones de asesoramiento hasta que, nombrado Presidente del Tribunal Militar Territorial Segundo con sede en Sevilla, vuelve a Andalucía donde permanece hasta su ascenso a General Auditor, ya en el año 2003.

En su calidad de madrileño de «adopción» permanece destinado siempre en el Tribunal Militar Central, primero como Vocal (hasta 2006), y después como Presidente del mismo hasta el fin de su vida activa en 2010. A lo largo de su dilatado servicio activo acumuló doce condecoraciones militares y civiles que atestiguan su valía profesional y militar.

Pero su valía personal se acredita por el arraigo de su persona en un amplio abanico de ámbitos ya sea de índole jurídico, pues fue profesor en la Escuela de Prácticas Jurídicas «Antonio Naya» y en la Universidad de Málaga donde impartió clases de Derecho Procesal, o de índole cofradiero en su Málaga natal donde la Semana Santa tiene un significado tan profundo y en la que mantuvo vinculaciones con diferentes cofradías de la

ciudad, en alguna de las cuales desempeñó las significativas funciones de Mayordomo de Trono, entre las que merecen mencionarse la de «Viñeros», «El Cautivo» y «La Expiración».

Merece analizarse la coincidencia, pues se da la circunstancia de que su vida se extingue casi a la vez que su periplo profesional como si, en una persona de su vitalidad y entrega, no tuviera sentido la una sin el otro. Si debemos asumir aquello de que «los hay que temen a la muerte porque no han hecho nada en su vida» tendremos que convenir en que Javier no debía hallarse entre ellos, pues nos es fácil a todos recordar su incesante actividad viajera, estableciendo lazos con miembros de otras jurisdicciones militares, organizando aquellas estupendas «Jornadas Malacitanas» donde se congregaban los mas floridos representantes de la Magistratura, la Abogacía y el mundo Académico amen de un elevado porcentaje de ilustres miembros del Cuerpo Jurídico Militar lo que en definitiva redundó en un aumento del prestigio y conocimiento del Cuerpo Jurídico Militar de cara a otros estamentos civiles.

Todo lo que queda reflejado es algo objetivo, pero hay muchas otras cosas que decir de Javier que quedan constreñidas a ámbitos más reducidos que se ciñen a las personas que por su trayectoria y andanzas profesionales hemos tenido un contacto más estrecho con su persona.

Cuanto hemos trabajado con él podemos dar fe de su cercanía, afebilidad y sentido del compañerismo que, en ningún caso, puede decirse que fuere mal entendido pues siempre fue franco, tanto para reprender, si lo consideraba de justicia, como para reconocer los esfuerzos y méritos ajenos si ese era el caso.

Si me refiero a Javier como jefe, debo decir que nunca empañó el ejercicio del cargo que ocupase su relación de camaradería y amistad con quienes compartía su trabajo. Cualquiera que haya estado bajo sus órdenes puede dar fe de que en todo momento sintió verdadera preocupación por sus subordinados y porque estos pudiesen realizar su labor en las debidas condiciones. Si alguna vez no lo consiguió no fue por falta de insistencia.

Y queda sobre todo la sensación de las oportunidades perdidas, los agradecimientos que no llegaron a expresarse y hasta las bromas que no llegaron a gastarse. Aquellos momentos que pudieron disfrutarse y por múltiples razones y motivos se nos escaparon de entre los dedos... pero nada dura para eternamente. Por eso desde aquí y aunque un poco tarde te agradecemos todo cuanto de bueno supiste transmitirnos tanto a tí como a tu familia, tu mujer Esperanza, las gemelas y tu hijo pequeño que supieron apoyarte y posibilitaron tu dedicación a tu profesión.

Como era hombre de pocas palabras, muchas veces se expresaba con actitudes, pero en definitiva siempre se ha dicho que cada uno es hijo de sus hechos y estos hablaban por él de manera muy favorable. En cualquier caso, nuestro amigo Javier nos lega todo un testimonio de vida y de bonhomía que nos marca un camino y unas metas a conseguir y por los que nunca dejaremos de estarle agradecidos.

Hasta siempre amigo Javier.

General Auditor, Guillermo Vázquez Tapioles

NOTA NECROLÓGICA DEL GENERAL AUDITOR D. LEOPOLDO ESTÉVEZ SÁNCHEZ



Leopoldo Estévez nació en Madrid el 10 de enero de 1945, si bien se sintió siempre muy identificado con Salamanca, tierra de sus padres, donde vivió sus primeros años, concretamente en la localidad de Villavieja de Yeltes a la que profesaba un gran cariño y donde tanto disfrutó de la finca familiar –La Concha– sita ya en el término municipal de Ciudad-Rodrigo.

Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, ingresó en el Cuerpo Jurídico del Aire en 1971 siendo el número 1 de su Promoción. A lo largo de su carrera militar ocupó distintos destinos, tanto en el ámbito administrativo como en el judicial.

Tras su paso por la Academia General del Aire alcanzó el empleo de Teniente Auditor en fecha 10 de junio de

1972 siendo destinado a la Subsecretaría del Aire –Sección de Trabajo y Acción Social–. Ascendido al empleo de Capitán Auditor en el año 1974 pasó destinado al Consejo Supremo de Justicia Militar como Secretario Relator, donde estuvo hasta 1977. En este año fue destinado a la Asesoría Jurídica del Cuartel General del Aire donde permaneció hasta el año 1986,

alcanzando los empleos de Comandante y de Teniente Coronel Auditor en los años 1979 y 1985 respectivamente.

En 1986 dio comienzo su andadura en destinos judiciales, como Fiscal Jefe de la Primera Región Aérea.

En 1987 fue nombrado Subdirector General de Prestaciones del Instituto Social de las Fuerzas Armadas, y en 1992 Jefe de la Asesoría Jurídica de la Gerencia de Infraestructura y Equipamiento de la Defensa, alcanzando el empleo de Coronel Auditor en ese mismo año de 1992.

De vuelta a la Jurisdicción Militar, ya hasta el final de su carrera, en el año 1993 fue destinado a la Fiscalía Togada donde permaneció hasta alcanzar el empleo de General Auditor en fecha 23 de noviembre de 1998.

El 20 de enero de 1999 fue nombrado Vocal Togado del Tribunal Militar Central, cargo que ocupó hasta su pase a la reserva el 23 de diciembre de 2002.

El 8 de febrero de 1974 contrajo matrimonio con María Pilar Sánchez Muñoz, fruto del cual nacieron dos hijos: Luis Leopoldo, hoy miembro del Ministerio Fiscal destinado en el Tribunal Supremo de Justicia de Canarias, y María, Técnico Económico del Ayuntamiento de Algete.

Excelente profesional y hombre de profunda humanidad y bondad, muy querido y respetado por todos sus compañeros, Leopoldo Estévez, paralelamente a sus actividades como jurídico militar, desarrolló una importante y dilatada actividad docente. Fue profesor de Derecho Mercantil en la Universidad San Pablo CEU de Madrid y preparador para ingreso en los Cuerpos Jurídicos Militares, siendo alumnos suyos muchos de los componentes del actual Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa, procedentes de los extintos Cuerpos Jurídicos del Aire, de Tierra y de la Armada.

Se encontraba en posesión de las siguientes condecoraciones:

- Orden de San Hermenegildo (Gran Cruz, Placa, Enmienda y Cruz)
- Merito Aeronáutico (Gran cruz con distintivo blanco y 2 cruces con distintivo blanco)
- Mérito Militar (Cruz con distintivo blanco)
- Mérito Naval (Cruz con distintivo blanco).
- Cruz de Plata de la Guardia Civil.

El General Estévez falleció en Madrid el día 9 de diciembre de 2010.

Coronel Auditor Heliodoro García Gómez

NOTA SOBRE LA CONFERENCIA DE REVISIÓN DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, KAMPALA (UGANDA), 2010

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto
General Consejero Togado ®
Director del CEDIH de la Cruz Roja Española

1. PÓRTICO

Durante los días 31 de mayo a 11 de junio de 2010, se celebró en Kampala (Uganda) la primera Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, prevista en el artículo 123, que debería haber sido convocada siete años después de su entrada en vigor (1 de julio de 2002).

Participaron 84 Estados Partes (aunque solo 67 participaron en el debate general), 30 Estados observadores (de los que solo 18 participaron en las deliberaciones, entre ellos Estados Unidos, China y Federación Rusa), 17 organizaciones internacionales y 53 organizaciones no internacionales, con un total de 2828 participantes. Debemos destacar la excelente aportación de la Delegación del Reino de España a los trabajos de la Conferencia y su labor de coordinación de los Estados que integran la Unión Europea. La profesora Dra. Concepción Escobar Hernández, Jefa de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, Miembro del Consejo de Redacción de la *Revista Española de Derecho Militar*, presidió el Comité de Redacción.

Es de notar un evidente descenso de participación en la conferencia, tanto entre los Estados Partes (84 presentes frente a los 114 que han ratifi-

cado el Estatuto en el momento actual y muy lejos de los 160 que participaron en Roma) como entre las organizaciones no gubernamentales (53 en Kampala frente a 133 en Roma). Pueden existir muchas razones que expliquen esta baja participación, que no es ajena al anunciado escaso contenido de la Conferencia o a cierta decepción sobre la actuación de la propia Corte Penal Internacional.

La Conferencia aprobó diversas Resoluciones y Declaraciones. Resolución 1 sobre la complementariedad, Resolución 2 sobre el impacto del sistema del Estatuto de Roma sobre las víctimas y las comunidades afectadas, Resolución 3 sobre el fortalecimiento del cumplimiento de las penas, Resolución 4 sobre el artículo 124, Resolución 5 sobre enmiendas al artículo 8 del Estatuto de Roma (así como elementos de los crímenes) y Resolución 6 sobre el crimen de agresión, así como elementos de los crímenes y un documento denominado «Entendimientos». Fueron aprobadas también dos Declaraciones La «Declaración de Kampala y la «Declaración sobre cooperación».

2. LOS AVANCES «PERFECTAMENTE DESCRIPTIBLES» DE LA CONFERENCIA DE REVISIÓN

Habría que estar dotado de considerables dosis de optimismo acrítico para estimar que la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma ha concluido con un éxito perceptible. Sus escasos avances, «*perfectamente descriptibles*», no han sido ciertamente una sorpresa pues no desentonan en el lento proceso de internacionalización de la justicia penal universal que, en su día, suscitó un comprensible entusiasmo entre los defensores del sistema de eficacia de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario. Entusiasmo hoy muy mitigado por los problemas de la Corte Penal Internacional (incapaz en casi nueve años de pronunciar su primera sentencia penal o fallo sobre el fondo en un juicio oral), limitada su investigación a los crímenes cometidos en el África subsahariana o incapaz de hacer cumplir sus órdenes de detención ante la pasividad del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y las miserias de la política internacional.

El fruto más destacable de la Conferencia fue, sin duda, la adopción por consenso de un acuerdo histórico sobre el crimen de agresión. Se enmendó el Estatuto de Roma para incluir una definición del crimen de agresión (con una tipificación ciertamente muy compartible) y las condiciones bajo las cuales la Corte Penal Internacional podrá ejercer su jurisdicción en esta materia. Evidentemente fue un gran avance aunque rodeado de numerosas

cautelos que culminaron en el establecimiento de la condición (para ejercer la competencia por la Corte) de que se adopte una decisión después del 1 de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados Partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto.

3. EL CRIMEN DE AGRESIÓN EN EL FRIGORÍFICO: PASO ADELANTE CONGELADO «AD CALENDAS GRAECAS»

Centrada la Conferencia de Revisión en el crimen de agresión (art. 5 del Estatuto de Roma), se ha logrado ciertamente una tipificación bastante aceptable de este delito internacional. Comprende la definición el sujeto activo cualificado (como un delito de líderes políticos o militares), la acción típica (los verbos típicos son: planificar, preparar, iniciar o realizar un acto de agresión) y el umbral de gravedad integrado por elementos valorativos (características, gravedad y escala) y normativo-valorativos (violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas).

LA DEFINICIÓN DEL «ACTO DE AGRESIÓN»

El núcleo del delito está constituido por la definición típica del «acto de agresión»: Uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado (o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas). Pese a la claridad de esta definición y en contradicción con este último elemento normativo (incompatibilidad con la Carta de las Naciones Unidas), se reproduce el contenido de la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 14 de diciembre de 1974, para caracterizar como acto de agresión determinados actos que se enumeran con la pretensión de que constituyan un *numerus clausus*.

Así, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como «Acto de agresión»:

- a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;
- b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;

c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;

d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;

e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentren en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;

f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;

g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que llevan a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos.

De seguirse esta restrictiva interpretación del «acto de agresión», identificado con el contenido de la mencionada Resolución 3314, se produciría la impunidad de conductas integrantes de modernas formas de agresión, como la guerra cibernética (ataques contra las redes informáticas de la parte adversa), el bloqueo de las comunicaciones de un Estado (desde redes de control y mando militar a emisiones de radio y televisión), las demostraciones navales o el despliegue aeronaval en el mar territorial de otro Estado, la denegación de los vuelos militares (establecimiento de una zona de exclusión aérea o *deny fly*) en el territorio de otro Estado, el empleo de aviones de combate no tripulados (los *drones*) con fines de información (o «inteligencia») violando las fronteras de otro Estado o la utilización de aeronaves de guerra electrónica operando desde el espacio aéreo internacional.

Resulta curioso que frente a la clásica y amplia interpretación del principio de legalidad propia del sistema anglosajón (*Common Law*), que predominó en los albores (Tribunales de Núremberg, Tokio y la ex Yugoslavia) de la represión de los crímenes internacionales («la enfermedad infantil del Derecho Penal Internacional»), en la Conferencia Diplomática de Roma (a iniciativa de los Estados Unidos de América) se consagró en el Estatuto el principio de legalidad en su vertiente de taxatividad (propio del sistema romano-germánico o *Civil Law*), que ahora aflora en Kampala con la reproducción del antiguo listado elaborado en 1974. ¿Se trata de una desconfianza hacia la Corte por el carácter «político» que tiñe al crimen de agresión?

Por otra parte, el mecanismo procesal establecido para el ejercicio de la competencia por la Corte, que en todo caso supone un avance histórico frente a la inexpugnable postura de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, ha quedado diluido entre cautelas encadenadas, *vacatio legis* sin fin y, por si no fueran suficientes estas precauciones, se deja toda la Resolución pendiente de una nueva y definitiva votación (no se sabe siquiera el órgano competente para acordarla) no antes del año 2017.

En efecto, cuando el ejercicio de la competencia se derive de la remisión por un Estado o *proprio motu*, se deberán reunir los siguientes requisitos:

1.º Que se trate de crímenes de agresión cometidos (presuntamente) un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados Partes;

2.º Que se adopte (¿por la Asamblea de los Estados Partes o por una nueva Conferencia de Revisión?) una decisión después del 1º de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados Partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto (mayoría de dos tercios según el artículo 121.3 del Estatuto);

3.º Respecto de cualquier Estado Parte, que éste no haya declarado previamente que no acepta esa competencia mediante el depósito de una declaración en poder del Secretario;

4.º Respecto de un Estado no Parte, la Corte no ejercerá la competencia cuando el crimen de agresión sea cometido por sus nacionales o en su territorio;

5.º Que el Fiscal haya verificado si el Consejo de Seguridad ha determinado la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trate. A cuyos efectos el Fiscal remitirá al Secretario General de las Naciones Unidas la situación ante la Corte;

6.º Que el Consejo de Seguridad haya realizado dicha determinación o, si no lo ha hecho, que hayan transcurrido seis meses desde la fecha de la notificación;

7.º Que la Sección de Cuestiones Preliminares de la Corte haya autorizado al Fiscal el inicio de las investigaciones;

8.º Que el Consejo de Seguridad no haya decidido, conforme al artículo 16 del Estatuto, la suspensión de la investigación.

Cuando el ejercicio de la competencia se derive de una remisión por el Consejo de Seguridad (art. 13 b) del Estatuto), será suficiente que concurren los siguientes requisitos:

1.º Que se trate de crímenes de agresión cometidos (presuntamente) un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados Partes;

2.º Que se adopte (¿por la Asamblea de los Estados Partes o por una nueva Conferencia de Revisión?) una decisión después del 1º de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados Partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto (mayoría de dos tercios según el artículo 121.3 del Estatuto);

La Resolución se articula en las correspondientes enmiendas (Anexo I) a determinados preceptos del Estatuto de Roma: Se suprime el párrafo 2 del artículo 5, se añade el artículo 8 bis (Crimen de agresión), el artículo 15 bis (Ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión, remisión por un Estado, *proprio motu*) y el artículo 15 ter (Ejercicio de la competencia por el Consejo de Seguridad).

El Anexo II contiene las enmiendas a los Elementos de los Crímenes y de estos elementos no se deduce que la relación de actos que reproduce el listado de la Resolución 3314 tenga el carácter de *numerus clausus*.

Finalmente, el Anexo III se denomina «Entendimientos» y contiene una la interpretación «auténtica» sobre una serie de cuestiones relativas al crimen de agresión, que pueden ser tomadas en cuenta o no por la Corte al carecer estos «entendimientos» del rango de fuentes o derecho aplicable según el artículo 21 del Estatuto de Roma.

4. EL PARTO DE LOS MONTES EN LA INCRIMINACIÓN DEL EMPLEO DE ARMAS: «PHOTO-FINISH» EN 1899, 1907 Y 1925

Solo críticas merece la Resolución 5, relativa a las enmiendas al artículo 8 del Estatuto de Roma, que se limita a incriminar en los conflictos armados no internacionales la utilización de determinadas armas, cuyo uso ya integraba un crimen de guerra en los conflictos armados internacionales. No parece compatible el razonamiento de que la inclusión de una propuesta de mayor entidad (como la formulada por Bélgica) hubiera podido sobrecargar la agenda de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma y, mucho menos, que su debate pudiera distraer la atención respecto de la consideración del crimen de agresión.

Bastaría para abordar una reforma de esta materia con la comprobación de la existencia de una «prohibición completa» (como establece el propio Estatuto de Roma) de un sistema de armas o proyectiles en algún Convenio

o Protocolo Internacionales en vigor; con la fácil comprobación de una costumbre internacional humanitaria y con la cuantificación del número de Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que, a su vez, son Parte en el Convenio o Protocolo concreto que prohíbe el arma o proyectil de que se trata.

Así, el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española propuso la incriminación del uso de las armas químicas y biológicas, de la utilización de armas cuyo efecto principal sea lesionar mediante fragmentos no localizables en el cuerpo humano por rayos X y del empleo de armas láser específicamente concebidas, como única o una más de sus funciones de combate, para causar ceguera permanente a la vista no amplificada. Y ello tanto en los conflictos internacionales como en los no internacionales.

El «*non plus ultra*» de la Conferencia de Revisión en esta materia sitúa el «progreso humanitario» del Estatuto en 1899 (proyectiles expansivos o con incisiones), 1907 (veneno o armas envenenadas) y 1925 (gases asfixiantes, tóxicos o similares).

5. LA PERVIVENCIA «AD NAUSEAM» DEL SISTEMA «OPTING OUT»: EL ARTÍCULO 124 DEL ESTATUTO DE ROMA

Tampoco hay razones serias, ni se aducen en la Resolución 4, que justifiquen el mantenimiento del artículo 124 del Estatuto de Roma, disposición de transición que permite a un Estado (en el momento de hacerse parte en el Estatuto) declarar que durante un periodo de 7 años no aceptará la competencia de la Corte sobre los crímenes de guerra cometidos por sus nacionales o en su territorio.

El recurso al artículo 124, que mereció en su día críticas muy justificadas, fue utilizado por Francia y Colombia en el momento de ratificar el Estatuto de Roma. En la actualidad no lo aplica (por renuncia o caducidad) ningún Estado Parte. Ni la necesidad de velar por la integridad del Estatuto (¿incluso en sus preceptos más desafortunados?), ni la importancia de la universalidad (desde 2002 ningún Estado Parte ha sentido la necesidad de acudir a esta disposición de transición) son razones convincentes para mantener este precepto, remitido por la Asamblea de los Estados Partes a la Conferencia de Revisión para su supresión. Ahora bien, si los Estados Partes en el Estatuto proponían su supresión, ¿se ha buscado el consenso con los Estados No Partes para mantenerlo «en su forma actual?».

6. EL FORTALECIMIENTO DEL CUMPLIMIENTO DE LAS PENAS

La Resolución 3 aprobada por la Conferencia de Revisión se refiere, de forma anticipatoria ya que todavía ninguna sentencia condenatoria ha sido pronunciada, al cumplimiento de las penas. En primer lugar, apela los Estados a que manifiesten a la Corte su disposición a recibir condenados, de conformidad con el Estatuto. Hay que señalar que España ya manifestó este compromiso en el momento de la ratificación del Estatuto de Roma. En segundo término, confirma que puede cumplirse una pena de privación de libertad en un establecimiento penitenciario puesto a disposición de un Estado por medio de una organización, «mecanismo» o agencia regional o internacional.

Se insta a la cooperación internacional por parte de los Estados que hayan manifestado su disposición a recibir condenados y se pide al Secretario General de las Naciones Unidas que señale la atención de los Miembros para fomentar el examen de los objetivos indicados en los programas del Banco Mundial, bancos regionales, Programa para el Desarrollo y otras agencias interesadas.

7. BALANCE DE LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL: «NIHIL OBSTAT ET NEMINE DISCREPANTE»

Después de las Declaraciones de apertura por parte de los altos dignatarios presentes, se aprobó por consenso el 1 de junio de 2010 la Declaración de Kampala (RC/Decl.1), por la que se reafirmó el compromiso de los Estados con el Estatuto de Roma, su aplicación, universalidad e integridad. Se destacó también el propósito de poner fin a la impunidad, afirmar la justicia como base para la paz y el fomento de los derechos de las víctimas. Se decidió además celebrar el 17 de julio de cada año como Día de la Justicia Penal Internacional.

Una novedad de la Conferencia consistió en la presentación (y aprobación por consenso) de un balance de la justicia penal internacional que se concretó en una declaración sobre cooperación, una resolución sobre la complementariedad y una resolución sobre el impacto del sistema del Estatuto de Roma sobre víctimas y comunidades afectadas.

La complementariedad se plasmó en la Resolución RC/Res. 1. Después de reconocer la responsabilidad primaria de los Estados de investigar y enjuiciar los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional, se pidió a los Estados que se presten ayuda mutua para fortalecer su capacidad interna y se alentó a la Corte, Estados Partes, orga-

nizaciones internacionales y sociedad civil para mejorar la capacidad de investigación y enjuiciamiento de los crímenes más graves.

La Resolución RC/Res. 2 se refiere al impacto del sistema del Estatuto de Roma sobre las víctimas y las comunidades afectadas. Se centra en tres asuntos principales. Primero: El reconocimiento del derecho de las víctimas a participar y la necesidad de reforzar su posición como partes interesadas y beneficiarias del Estatuto de Roma. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos de la Corte para incrementar la participación de las víctimas, sigue siendo una «asignatura pendiente» puesto que el Estatuto de Roma no reconoce a las víctimas la condición de partes en el proceso penal. Por otra parte se acordó el acercamiento de la Corte a los pueblos afectados.

Segundo: La importancia fundamental de garantizar la protección adecuada de víctimas y testigos, así como su rehabilitación física, asistencia psicológica y apoyo material a través del Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas.

Tercero: El derecho de las víctimas a acceder a la justicia de forma igualitaria y eficiente, a recibir sin demora reparaciones adecuadas. En este sentido se destacó el papel fundamental del Fondo Fiduciario.

Además se aprobó por consenso una Declaración sobre la cooperación (RC/Decl.2). Se reafirmó la obligación de todos los Estados Partes de cooperar con la Corte, particularmente en el cumplimiento de solicitudes de cooperación y en la ejecución de órdenes de detención (quizás a la vista del incumplimiento de la orden de arresto de altos mandatarios de Sudán).

Finalmente, se celebró un panel sobre «Paz y justicia». Entre las conclusiones del debate se destacó que el establecimiento de la Corte había supuesto un cambio de paradigma, que la amnistía ya no era una opción para los crímenes internacionales del Estatuto de Roma y que ahora existía una relación positiva entre la paz y la justicia. No obstante se plantearon algunos problemas nuevos: Convencer a las partes en conflicto para que acudieran a la mesa de negociaciones con posibles inculpaciones y la percepción de la justicia como una medida negociable o de excepción. Se concluyó que el establecimiento de la Corte Penal Internacional constituye un avance tan notable como la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

8. LA CEREMONIA DE LAS PROMESAS DE LOS ESTADOS

A imitación del sistema seguido en las Conferencias Internacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, se formularon 112 «promesas»

por parte de 37 Estados y organizaciones regionales como evento paralelo de la Conferencia.

A través de estas promesas los Estados reafirmaron su compromiso de implementación del Estatuto de Roma a nivel interno, su disposición de prestar ayuda a otros Estados en sus esfuerzos por la aplicación del Estatuto, su compromiso de cooperación con la Corte, el cumplimiento de las penas, el traslado y la protección de los testigos, la promoción de la universalidad del Estatuto o el apoyo al Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas.

RESUMEN DE ACTIVIDADES DEL INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO AERONÁUTICO Y DEL ESPACIO, Y DE LA AVIACIÓN COMERCIAL EN 2010

Las actividades más destacadas del Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial durante el año 2010 han sido las celebraciones del cincuentenario de las Primeras Jornadas de Derecho Aeronáutico, en Salamanca, y de las XXXVIII Jornadas Iberoamericanas, en Buenos Aires; de ambas reuniones académicas se presenta una nota resumen.

1. CINCUENTENARIO DE LAS PRIMERAS JORNADAS HISPANO-AMERICANAS DE DERECHO AERONÁUTICO (SALAMANCA, 1960)

En abril de 1960, se celebraron en Salamanca, acogidas por su histórica Universidad, auspiciadas por la Sección de Derecho Aeronáutico del Instituto «Francisco de Vitoria», del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, y con el apoyo del Ministerio del Aire, las Primeras Jornadas Hispano Americanas de Derecho Aeronáutico, y cuatro años después, y también en Salamanca y en su Universidad, tuvieron lugar las Segundas Jornadas de Derecho Aeronáutico, que pasaron a denominarse Iberoamericanas al acoger a representantes de Portugal y Brasil, y en las que se fundó el hoy llamado Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio, y de la Aviación Comercial.

En conmemoración de los cincuenta años transcurridos desde aquellas Primeras Jornadas se celebró un acto académico en el Aula de Unamuno de

la Universidad Histórica de Salamanca, para el que se contó con el apoyo del Rector de la Universidad de Salamanca, Prof. Dr. Daniel Fernández Ruipérez, del Decano de la Facultad de Derecho, Prof. Dr. Rafael de Agapito Serrano, y de la Vicerrectora de Relaciones Internacionales e Institucionales de la Universidad, Profesora Dra. Noemí Domínguez García, así como con el patrocinio económico de la Fundación AENA.

En el acto, que tuvo lugar el 21 de abril, el Dr. Eduardo T. Cosentino, de Argentina, Vicepresidente del Instituto y Profesor de la Universidad de Buenos Aires, pronunció una conferencia sobre «Los encantos de Salamanca y el Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico», en la que, tras glosar los orígenes y desarrollo de la aviación y la evolución del pensamiento jurídico en relación con las actividades aéreas, examinó la influencia de la Universidad de Salamanca en la doctrina iberoamericana y la relación existente entre la Universidad salmantina y el Instituto, concluyendo con la evaluación de las actividades desarrolladas por éste en el estudio y evolución de la doctrina jurídica en materia aeronáutica.

El Dr. Ingeniero Aeronáutico Mariano Domingo Calvo, de España, Director de Seguridad Aeroportuaria de AENA, presentó su trabajo sobre «La experiencia de AENA como operador aeronáutico ante la actual regulación sobre seguridad aeroportuaria», en el que planteó como la creciente exigencia de seguridad aeroportuaria, tanto a nivel mundial como europeo, está afectando a los operadores aeroportuarios y produciendo consecuencias operativas, económicas y sociales.

El Dr. Julio César da Cruz Costa, de Brasil, Vocal del Consejo Directivo del Instituto y Profesor de Derecho Internacional, expuso el tema «Medios alternativos de resolución de conflictos en accidentes aéreos» en el que dejó reflejada su experiencia profesional como miembro de la Orden dos Advogados do Brasil y experto de Beaumont&Son en las consecuencias de algunos accidentes acaecidos en Brasil.

El Dr. Ignacio Quintana Carlo, de España, Vocal del Consejo del Instituto y Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Zaragoza, examinó en un compendioso planteamiento la «Evolución del Derecho Aeronáutico en los últimos cincuenta años», con especiales referencias a la legislación y doctrina españolas, así como a la influencia de la doctrina iberoamericana y el futuro de la disciplina y sus relaciones con el Derecho Espacial.

La quinta disertación corrió a cargo de la Dra. Elisa Celia González Ferreira, de España, miembro del Instituto y del Centro Español de Derecho Espacial, quién habló sobre «La problemática de la amenaza de los asteroides sobre la Tierra», subrayando el peligro que entraña para la Humanidad la posibilidad de que un asteroide impacte contra la Tierra, y exponiendo la

conveniencia de que se proceda a la detección temprana y seguimiento de aquéllos cuyas órbitas puedan cruzar la de la nuestro planeta y las medidas a adoptar –desvío o destrucción–, cuando se tengan motivos suficientes para creer que el impacto se va a producir.

El Dr. Jorge Álvarez Méndez, de Venezuela, Vicepresidente del Instituto y Catedrático de la Universidad Católica Andrés Bello, de Caracas, pronunció una sentida «Laudatio, semblanza de Francisco de Vitoria», que tuvo lugar en el Panteón de Canónigos y Salón de conferencias del Monasterio de San Esteban; en ella el autor glosó la figura del Padre Vitoria como fundador de la Escuela Española de Derecho Internacional.

Con estos trabajos se editó un libro que se enriquece con las aportaciones del General Auditor Luís B. Álvarez Roldán, de España, Vocal del Consejo del Instituto, dedicada a los «Vehículos aéreos teledirigidos»; de la Dra. Griselda Capaldo, de Argentina, también Vocal del Consejo y Profesora de la Universidad de Buenos Aires, titulada «Análisis del sistema de responsabilidad en el Convenio de Montreal de 1999»; del Dr. Guillermo J. Duberti, de Argentina y Profesor de la Universidad de Buenos Aires, que estudia «América Latina en el espacio. El rol de la cooperación internacional»; el Dr. Ingeniero Aeronáutico Ramiro Fernández Martínez, de España, Vocal del Consejo del Instituto y Catedrático de la Escuela Técnica Superior de Ingenieros Aeronáuticos de la Universidad Politécnica de Madrid, aportó su trabajo «Hacia una visión integrada del transporte»; y la Dra. Sylvia Maureen Williams, de Argentina, Vocal del Consejo y Catedrática de la Universidad de Buenos Aires, su estudio «Derecho Espacial contemporáneo: los principios de Naciones Unidas en los albores del nuevo milenio». Además, se han incorporado al texto la reproducción facsimilar del volumen de las «Primeras Jornadas Hispano Americanas de Derecho Aeronáutico», publicado por la Universidad de Salamanca, y las conclusiones aprobadas en las XXIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial, celebradas también en la Universidad de Salamanca en el año 1994.

2. XXXVIII JORNADAS IBEROAMERICANAS DE DERECHO AERONÁUTICO Y DEL ESPACIO Y DE LA AVIACIÓN COMERCIAL

Se celebraron durante los días 20, 21 y 22 de octubre de 2010 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (República Argentina).

Tras una cordial recepción de la Decana de la Facultad, Profesora Dra. Mónica Pinto, y la ceremonia inaugural, se iniciaron los actos académicos con un sentido homenaje al desaparecido Prof. Dr. Federico Videla Escalada, eminente cultivador del Derecho Aeronáutico y destacado miembro del Instituto, a cargo del Prof. Emérito Dr. José D. Ray.

Durante los días de las Jornadas se expusieron y debatieron las ponencias presentadas por el Lic. Antonio Falcone, de Argentina, y el Dr. José G. Assis de Almeida, del Brasil y miembro del Instituto, sobre «Nuevas formulas de cooperación empresaria»; por el Dr. Hernán A. Gómez, de Argentina, miembro del Instituto y Jefe del Registro de Aeronaves de Argentina, sobre «Sistemas de garantías sobre aeronaves. La perspectiva internacional. Futuro del Convenio de Cape Town. Ginebra de 1948»; por el Dr. Julio da Cruz Costa, del Brasil y Vocal del Consejo, sobre «Seguros aeronáuticos»; y por el Prof. Dr. Ignacio Quintana Carlo, de España, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Zaragoza y Vocal del Consejo, sobre «El E-Comerce en el contrato de transporte aéreo de mercaderías». También se celebró una Mesa redonda que, con Cayetano Aguayo Sierra, de España y Secretario General del Instituto, como coordinador, se planteó como «Seminario sobre el Registro de Aeronaves», con participación de los Jefes de los Registros de Argentina, Brasil, Chile, España, Francia y México, y que ha dado lugar a la publicación de un volumen titulado «Derecho Aeronáutico Registral. Compendio de legislación, doctrina y jurisprudencia iberoamericana», en el que además de los representantes de los Registros citados, ha intervenido un representante de Paraguay.

Las ponencias y comunicaciones presentadas en las Jornadas serán el contenido de un volumen actualmente en prensa.