



Escuela Militar de Estudios Jurídicos

Cuaderno
práctico

3

Enero-abril 2010

SUMARIO

Las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas: aspectos estructurales
Rafael Matamoros Martínez, Coronel Auditor

El crimen de agresión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional:
situación actual
José María Sánchez Sánchez, Comandante Auditor

La protección del riego durante el embarazo y la lactancia en el ámbito militar
Isabel María Romero Lucas, Capitán Auditor

La esencia de las diligencias previas en la Ley procesal Militar
José Luis Martín Delpón, Capitán Auditor

El conducto reglamentario en las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil a la luz
de la nueva legislación: ¿es posible que haya desaparecido?
Abraham Martínez Alcañiz, Teniente Auditor
Miguel Alía Plana, Comandante Auditor

Derecho de defensa y asistencia técnica en la tramitación de expedientes
disciplinarios en el ámbito de las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil.
Alcance y límites
José Miguel González Reyes, Teniente Auditor

Control de las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en
el ordenamiento jurídico comunitario
*Isidro Fernández García, Alférez Alumno de la Escuela Militar
de Estudios Jurídicos*



MINISTERIO DE DEFENSA



Escuela Militar de Estudios Jurídicos

Cuaderno
práctico

3

Enero-abril 2010

SUMARIO

Las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas: aspectos estructurales
Rafael Matamoros Martínez, Coronel Auditor

El crimen de agresión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional:
situación actual
José María Sánchez Sánchez, Comandante Auditor

La protección del riesgo durante el embarazo y la lactancia
en el ámbito militar
Isabel María Romero Lucas, Capitán Auditor

La esencia de las diligencias previas en la Ley procesal Militar
José Luis Martín Delpón, Capitán Auditor

El conducto reglamentario en las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil
a la luz de la nueva legislación: ¿es posible que haya desaparecido?
Abraham Martínez Alcañiz, Teniente Auditor
Miguel Alía Plana, Comandante Auditor

Derecho de defensa y asistencia técnica en la tramitación de expedientes
disciplinarios en el ámbito de las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil.
Alcance y límites
José Miguel González Reyes, Teniente Auditor

Control de las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas
en el ordenamiento jurídico comunitario
*Isidro Fernández García, Alférez Alumno de la Escuela Militar
de Estudios Jurídicos*



MINISTERIO DE DEFENSA

DIRECTOR

Rafael Matamoros Martínez, Coronel Auditor

CONSEJO DE REDACCIÓN

Manuel Hernández-Tejero García, Coronel Auditor

Fernando Marín Castán, Coronel Auditor

Emilio Fernández-Piñeyro Hernández, Coronel Auditor

SECRETARIO

José María Sánchez Sánchez, Comandante Auditor

REDACCIÓN

Escuela Militar de Estudios Jurídicos

Camino de los Ingenieros, 6 (28047 Madrid)

Teléfono: 91 3647393

Fax: 91 3647399

Correo-e: emej@oc.mde.es

CATÁLOGO GENERAL DE PUBLICACIONES OFICIALES

<http://www.060.es>

Edita:



NIPO: 076-10-028-8

Depósito Legal: M-4636-2010

Imprime: Imprenta Ministerio de Defensa

Tirada: 400 ejemplares

Fecha de cierre: julio 2010

NIPO: 076-10-029-3 (edición en línea)



Las opiniones emitidas en esta publicación son exclusiva responsabilidad de sus autores.

SUMARIO

1. Las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas: aspectos estructurales	5
<i>Rafael Matamoros Martínez, Coronel Auditor</i>	
2. El crimen de agresión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: situación actual	35
<i>José María Sánchez Sánchez, Comandante Auditor</i>	
3. La protección del riego durante el embarazo y la lactancia en el ámbito militar	51
<i>Isabel María Romero Lucas, Capitán Auditor</i>	
4. La esencia de las diligencias previas en la Ley procesal Militar	63
<i>José Luis Martín Delpón, Capitán Auditor</i>	
5. El conducto reglamentario en las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil a la luz de la nueva legislación: ¿es posible que haya desaparecido?	85
<i>Abraham Martínez Alcañiz, Teniente Auditor</i> <i>Miguel Alía Plana, Comandante Auditor</i>	
6. Derecho de defensa y asistencia técnica en la tramitación de expedientes disciplinarios en el ámbito de las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil. Alcance y límites	105
<i>José Miguel González Reyes, Teniente Auditor</i>	
7. Control de las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en el ordenamiento jurídico comunitario	123
<i>Isidro Fernández García, Alférez Alumno de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos</i>	

1. LAS REALES ORDENANZAS PARA LAS FUERZAS ARMADAS: ASPECTOS ESTRUCTURALES

Rafael Matamoros Martínez
Coronel Auditor

SUMARIO: I. El marco estatutario. 1.1. Las Fuerzas Armadas como *organización institucional*. 1.2. La normativa estatutaria militar. 1.3. Naturaleza y contenido de las Reales Ordenanzas. 1.4. Aplicación de las Reales Ordenanzas. II. El código deontológico militar. 2.1. El primer deber. 2.2. Los deberes generales. 2.3. Los deberes específicos. III. El perfil profesional. 3.1. El *espíritu militar*. 3.2. Las cualidades fundamentales del militar. 3.3. La capacidad profesional. IV. Pautas generales de actuación del militar. 4.1. En todo momento. 4.2. En el ámbito profesional. Bibliografía.

I. EL MARCO ESTATUTARIO

1.1. LAS FUERZAS ARMADAS COMO ORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL

A. Valor institucional de las Fuerzas Armadas

El propósito de estas líneas es eminentemente descriptivo. Se trata de pasear entre los renglones de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas de 2009 (RO)¹ para tratar de descubrir algunas de las claves de su significado como norma rectora de la actuación del militar, sin pretensiones de profundidad o exhaustividad. Un estudio a fondo podrá realizarse cuando se haya completado el tránsito desde las aún parcialmente vigentes Reales Ordenanzas de 1978² al nuevo sistema diseñado por la Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 2005 (LODN)³ y la Ley de la carrera militar de 2007 (LCM)⁴, produciendo todas las normas legales y reglamentarias anunciadas por las disposiciones final tercera de la LODN y final

¹ Aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero.

² Ley 85/1978, de 28 de diciembre.

³ Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre.

⁴ Ley 39/2007, de 19 de noviembre.

segunda del Real Decreto aprobador de las RO, amén de las demás que se precisan⁵.

Antes de dar comienzo a nuestro recorrido es necesaria una referencia a la posición de las Fuerzas Armadas dentro del conjunto de la Administración General del Estado. Superado el debate sobre la caracterización jurídica de los Ejércitos, la doctrina actual coincide en señalar que las Fuerzas Armadas son una parte de la Administración del Estado, pero con la particularidad de contener, como señala ALLI TURRILLAS, «un claro valor institucional que hace referencia a sus valores metajurídicos, de indudable importancia y que, por ello, inciden en el régimen jurídico inundándolo de una serie de elementos que nos permiten adjetivar a esta Administración como “especial”»⁶.

Las Fuerzas Armadas constituyen, pues, una estructura singular dentro del conjunto de la Administración del Estado; esa singularidad deriva, fundamentalmente, de un doble elemento:

- La relevancia constitucional de la organización, que aparece delimitada en el artículo 8 y mencionada en los artículos 28.1 y 29.2 de nuestra Ley Fundamental (CE).
- Y el desempeño de funciones específicas, diferenciadas de las que con carácter general se atribuyen a las Administraciones Públicas. Compete, en efecto, a éstas «[servir] con objetividad los intereses generales ... de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho» (art. 103.1 CE); las Fuerzas Armadas, por su parte, «tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional» (art. 8.1 CE).

El *valor institucional* del que hablaba ALLI TURRILLAS permite calificar a las Fuerzas armadas de *organización institucional* dentro de la Administración del Estado, de la que forman parte. Y no se trata de una pura especulación teórica: la aplicación de la noción institucional a las Fuerzas Armadas viene motivada por y pone de relieve la existencia de unas normas reguladoras de la forma de actuar de los Ejércitos y del estatuto de sus componentes, que son distintas de las que con carácter general se aplican dentro de la Administración como tal⁷.

Sólo en el sentido que ha quedado apuntado parece tener alguna utilidad la locución *Institución Militar*, abandonada por las actuales RO y que en el sistema de las Ordenanzas de 1978 daba nombre al conjunto de las organizaciones armadas de carácter militar (los Ejércitos y la Guardia Civil).

⁵ Como las Normas sobre seguridad en las Fuerzas Armadas, recientemente aprobadas por el Real Decreto 194/2010, de 26 de febrero, para «actualizar los artículos de las Reales Ordenanzas [de 1978] que sobre la seguridad aún se mantenían vigentes y ... desarrollar reglamentariamente lo expresado en la disposición adicional tercera de la Ley de la carrera militar», en palabras de su preámbulo.

⁶ «La profesión militar», INAP, Madrid, 2000, p. 50.

⁷ Cfr., sobre las *organizaciones institucionales*, VV.AA., «Manual de Derecho Disciplinario de la Guardia Civil», coord. por MARCHAL ESCALONA, A.N., Pamplona, 2008, pp. 19 y ss.

B. Fuerzas Armadas y Administración Militar

Es común en la doctrina emplear indistintamente las locuciones *Fuerzas Armadas* y *Administración militar* para designar a esa organización institucional a la que antes se ha hecho referencia. Parecen inducir a ello dos artículos de la CE:

- el 97, a cuyo tenor «el Gobierno dirige ... la Administración civil y militar»;
- y el 26, que prohíbe «los tribunales de honor en el ámbito de la Administración civil», en contraposición implícita a una Administración militar que estaría constituida por las Fuerzas Armadas.

La propia CE, sin embargo, parece diferenciar entre ambos conceptos; al desgarnar, en su artículo 149.1, las competencias exclusivas del Estado, separa la relativa a «Defensa y Fuerzas Armadas» (que ocupa el núm. 4º) de la consistente en determinar «las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas» (en el núm. 18º).

Más claramente, la LODN describe dos círculos concéntricos:

- a) El Ministerio de Defensa, que «es el departamento de la Administración General del Estado al que corresponde la preparación, el desarrollo y la ejecución de la política de defensa determinada por el Gobierno, la obtención y gestión de los recursos humanos y materiales para ello, así como la realización de cuantos cometidos sean necesarios para el cumplimiento de las misiones que se asignen a las Fuerzas Armadas» (art. 9.1).
- b) Las Fuerzas Armadas, que «son el elemento esencial de la defensa y constituyen una entidad única que se concibe como un conjunto integrador de las formas de acción específicas de cada uno de sus componentes: el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire» (art. 10.1).

Así, y en consonancia con los postulados del artículo 8.1 de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de 1997 (LOFAGE)⁸, a cuyo tenor «la Administración General del Estado se organiza en Ministerios, comprendiendo cada uno de ellos uno o varios sectores funcionalmente homogéneos de actividad administrativa», cabría concluir que la Administración militar es la encargada de desarrollar la función administrativa de defensa y se encarna en el Ministerio homónimo.

Por su parte, las Fuerzas Armadas –integradas en el Ministerio de Defensa (art. 9.2 LODN)– constituyen la organización a la que, específicamente, atribuye el artículo 8.1 de la CE, las misiones de «garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional». Desarrollando ese núcleo esencial, el artículo 15 de la LODN establece el siguiente elenco de misiones:

1. La defensa militar:

- de España, como Estado soberano de derecho,
- o de los países aliados, en el marco de las organizaciones internacionales de las que España forme parte.

⁸ Ley 6/1997, de 14 de abril.

2. La contribución al mantenimiento de la paz y la estabilidad internacionales.
3. La ayuda humanitaria a terceros Estados que lo precisen, o a su población.
4. La actuación conjunta con las Instituciones del Estado y las Administraciones Públicas, para preservar la seguridad y bienestar de los ciudadanos en España, en los casos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas.
5. La evacuación de los residentes españoles en el extranjero, cuando su vida o sus intereses estén en grave riesgo por la inestabilidad del país en que se hallen.

El deslinde conceptual entre la Administración militar y las Fuerzas Armadas parece quedar refrendado por el artículo 7.2 de la LODN, que atribuye al Ministro de Defensa, como competencias independientes:

- «Dirigir la actuación de las Fuerzas armadas bajo la autoridad del Presidente del Gobierno» (letra b/).
- Y «dirigir, como miembro del Gobierno, la Administración militar» (letra d/).

Por eso, la Administración militar (Ministerio de Defensa) actúa con arreglo a las normas que regulan el régimen jurídico de las Administraciones Públicas y los procedimientos administrativos, comunes y especiales: Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de 1992 (LRJ-PAC)⁹, la LOFAGE, Ley de Contratos del Sector Público, de 2007¹⁰, etc. Las Fuerzas Armadas y sus miembros, en cambio, ajustan su estructura y actuación a un complejo normativo particular, encabezado por la LODN, que articula el sistema estatutario militar, al que más adelante se hará referencia.

Conviene, desde este momento, significar que los miembros de las Fuerzas Armadas se rigen por las especiales normas de actuación propias de aquéllas:

- (i) En el desempeño de servicios de naturaleza estrictamente militar, esto es, vinculados a la defensa nacional o al giro o tráfico propio de los Ejércitos, y
- (ii) También cuando desarrollan otros cometidos específicos, como los de carácter judicial, de fiscalización o control financiero, de atención sanitaria o de índole eminentemente administrativa; en estos casos deberán observar también la normativa rectora de la actividad de la que se trate.

C. El militar como empleado público

Denomina el artículo 103.3 de la CE *funcionarios públicos* a los empleados estatutarios de las Administraciones Públicas, defiriendo a la ley (ordinaria) la regulación de su régimen. Sin embargo, la ubicación constitucional del estatuto de los miembros de las Fuerzas Armadas se encuentra en otros preceptos:

- el repetido artículo 8;

⁹ Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

¹⁰ Ley 30/2007, de 30 de octubre.

- el 28.1, que permite que por ley se limite o exceptúe el derecho de sindicación a los componentes de las Fuerzas o Institutos u otros Cuerpos sometidos a disciplina militar, a la vez que lo reconoce, con peculiaridades en su ejercicio, a los funcionarios públicos;
- y, en fin, el 29.2, que excluye del ejercicio colectivo del derecho de petición (que a todos los demás españoles reconoce su apartado 1) a los miembros de las Fuerzas o Institutos armados y de los Cuerpos sometidos a disciplina militar.

De forma coherente con el planteamiento constitucional, el Estatuto Básico del Empleado Público, de 2007 (EBEP)¹¹, tras declarar en su artículo 1.1. que «tiene por objeto establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos», excluye de esta categoría, entre otros, al «personal militar de las Fuerzas Armadas», al que «las disposiciones de[] Estatuto sólo se aplicarán directamente cuando así lo disponga su regulación específica», según precisa en el inciso inicial y la letra d) el artículo 4.

Habría que concluir que es inexacto –aunque resulte descriptivo, sobre todo en el ámbito coloquial– calificar al militar de *funcionario público*¹², pues, en rigor, sólo lo son aquellos empleados o servidores públicos sometidos plenamente al EBEP. Los miembros de las Fuerzas Armadas son, ciertamente, empleados públicos, personal estatutario de la Administración General del Estado, pero, como señala PARADA, constituyen, al igual que otras clases de servidores públicos, un grupo de «empleados públicos estatales con legislación específica»¹³.

1.2. LA NORMATIVA ESTATUTARIA MILITAR

A. Contenido del estatuto de los empleados públicos

Entendemos por estatuto el conjunto de normas que configuran la relación jurídica existente entre el empleado público y la Administración a la que sirve. Dentro de este complejo, que se construye –o debe construirse– para posibilitar con la mayor eficacia el desempeño del servicio público encomendado a los servidores públicos de los que se trate, pueden diferenciarse tres parcelas fundamentales:

- las reglas de actuación,
- el régimen del personal, y
- el régimen disciplinario.

¹¹ Aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril.

¹² Pero no puede por menos de reconocerse el valor de las excelentes aportaciones doctrinales que, a partir del empleo de esta locución y la comparación o asimilación con el sistema funcional, lograron dibujar, en épocas de mayor indefinición jurídica, el estatuto de los militares. Cfr., por todos, CARRIÓN MOYANO, E., «El militar como funcionario público», *Revista Española de Derecho Militar*, 18 (1964) pp. 37-55; y, más modernamente, ALLI TURRILAS, «La profesión», o.c., pp. 81 y ss.

¹³ «Derecho Administrativo II – Organización y empleo público», 19ª ed., Madrid, 2007, pp. 436 y ss. Con pluma afilada hace notar el ilustre profesor que las singularidades dentro del régimen funcional se justifican, en unos casos –como el de los militares, jueces y magistrados, miembros de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad o personal del Centro Nacional de Inteligencia– en la especificidad de las funciones que ejercen, mientras que en otros supuestos responde a «presiones corporativas de los propios cuerpos de funcionarios que así logran un *status* diferenciado y, de ordinario, privilegiado» (pp. 436-437).

Se completa, normalmente, el estatuto con una serie de normas adicionales o complementarias.

B. Las normas rectoras del estatuto militar

El especial estatuto de los militares es, no se olvide, consecuencia de la relevancia de las misiones que se encomiendan a las Fuerzas Armadas, que, por ello, quedan configuradas como una organización institucional dentro de la Administración General del Estado.

Lo conforman las normas que, a continuación, se irán indicando, agrupadas por parcelas estatutarias.

(i) Reglas de actuación

Las reglas de actuación se refieren al mando, la prestación de los servicios, la disciplina y la jerarquía y están contenidas, fundamentalmente, en:

- La LODN.
- El artículo 4 y las disposiciones adicionales tercera y cuarta de la LCM.
- La disposición final segunda, apartado 1, aún en vigor, de la Ley de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, de 1999 (LRP)¹⁴.
- Las RO.
- Las Normas sobre seguridad en las Fuerzas armadas, aprobadas por Real Decreto 194/2010, de 26 de febrero, y
- Las todavía parcialmente vigentes Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra, de 1983 (ROET)¹⁵, de la Armada, de 1984 (ROA)¹⁶, y del Ejército del Aire, de 1984 (ROEA)¹⁷

(ii) Régimen del personal

El régimen del personal se ocupa del reclutamiento, formación, organización y gestión de los miembros de las Fuerzas Armadas, para posibilitar el adecuado cumplimiento de las misiones que les son propias.

Las principales normas que definen actualmente el régimen del personal militar son:

- La LCM y los reglamentos que vienen a desarrollarla¹⁸.

¹⁴ Ley 17/1999, de 18 de mayo, declarada en parte subsistente por le disposición derogatoria única, apartado 2, de la LCM.

¹⁵ Aprobadas por Real Decreto 2945/1983, de 9 de noviembre y cuyo rango es el que determina el artículo único, apartado 4, del Real Decreto aprobador de las RO.

¹⁶ Aprobadas por Real Decreto 1024/1984, de 23 de mayo; valga lo dicho sobre su rango en la nota anterior.

¹⁷ Aprobadas por Real Decreto 494/1984, de 22 de febrero, y a cuyo rango normativo es aplicable lo indicado en la nota 14, *supra*.

¹⁸ Así, el Reglamento de evaluaciones y ascensos en las Fuerzas Armadas y sobre el acceso a la condición de militar de carrera de militares de tropa y marinería, aprobado por el Real Decreto

- La LRP, en la parte en que se halla aún en vigor, los reglamentos que la desarrollan y que aún no han sido sustituidos por otros, y algunas normas reglamentarias que, dictadas al amparo de la vieja (y derogada) Ley reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, de 1989¹⁹, continúan, sorprendentemente, vigentes²⁰.
- La Ley de Tropa y Marinería, de 2006 (LTM)²¹.
- Los preceptos vigentes de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, de 1978, hasta que sean sustituidos y completados por la ley reguladora de los derechos fundamentales de los militares profesionales anunciada por la disposición final tercera de la LODN.

(iii) Régimen disciplinario

Integran el régimen disciplinario las disposiciones que establecen:

- los quebrantamientos punibles de las reglas de actuación, que estén por debajo del umbral de exigencia penal,
- las consecuencias de dichas infracciones,
- y los procedimientos para depurar las responsabilidades correspondientes.

El régimen disciplinario aplicable a los militares, distinto del que con carácter para el servicio público establece el EBEP, se halla contenido en la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, de 1998 (LORD)²².

C. Otras normas complementarias

Junto a las propiamente estatutarias, existen otras normas, promulgadas con un objeto más amplio pero que, en definitiva, resultan aplicables a los militares por el hecho de serlo. Dentro de ellas, cabe señalar:

- Las de carácter sancionador, contenidas en el Código Penal Militar, de 1985 (CPM)²³.
- Las de índole procesal, relativas a la detención y prisión de militares, que establecen los artículos 205 y siguientes, y 348 y siguientes de la Ley Procesal Militar, de 1989 (LPM)²⁴.
- Y las de naturaleza administrativa, como el texto refundido de la Ley sobre Segu-

168/2009, de 13 de febrero; y el Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto 35/2010, de 15 de enero.

¹⁹ Ley 17/1989, de 19 de julio.

²⁰ Como, por ejemplo, el Régimen del alumnado de los Centros docentes militares de formación, aprobado por Orden del Ministerio de Defensa 43/1993, de 21 de abril; las Normas sobre organización y funciones de los Centros docentes de la Enseñanza Militar de Formación, aprobadas por Orden del Ministerio de Defensa 80/1993, de 29 de julio; o el Régimen del Profesorado de los Centros Docentes Militares, aprobado por Orden del Ministerio de Defensa 98/1994, de 10 de octubre.

²¹ Ley 8/2006, de 24 de abril.

²² Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre.

²³ Aprobado por Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre.

²⁴ Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril.

ridad Social de las Fuerzas Armadas, de 2000²⁵, y su reglamento de desarrollo, de 2007²⁶; la Ley de medidas de apoyo a la movilidad geográfica de los miembros de las Fuerzas Armadas, de 1999²⁷; el título X de la LRJ-PAC, en lo relativo a la exigencia de responsabilidad patrimonial por parte de las Administraciones Públicas a sus autoridades y empleados; o las que, en el Reglamento de Armas, de 1993²⁸, habilitan a los militares para la tenencia y porte de armas particulares.

1.3. NATURALEZA Y CONTENIDO DE LAS REALES ORDENANZAS

Las Reales Ordenanzas de 1978 se autodefinían, en su artículo 1, como «la regla moral de la Institución Militar y el marco que define las obligaciones y derechos de sus miembros». Jugaban, por lo tanto, el papel de norma central estatutaria de los militares, tanto de los Ejércitos cuanto de la Guardia Civil, no separada por entonces del de Tierra. La complementaban el Código de Justicia Militar –que definía el sistema disciplinario– y una serie de normas dispersas, no siempre de rango legal, que regían, de forma diferente para cada Ejército y para la Guardia Civil, diversos aspectos de la carrera de los militares profesionales y la prestación del servicio militar obligatorio.

La ubicación de la Guardia Civil dentro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado²⁹ y la paulatina delimitación de las diferentes parcelas estatutarias de los componentes de las Fuerzas Armadas, en los términos que, anteriormente, quedaron expuestos, han concretado el significado de las RO dentro del conjunto estatutario militar.

La primera piedra de las normas de actuación en las Fuerzas Armadas está constituida por el artículo 20 de la LODN. De este precepto, que defiere, por lo demás, a una ley ordinaria el establecimiento de «las reglas esenciales que definen el comportamiento de los militares» y habilita al Gobierno para «desarrollar esas reglas en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas», cabe inferir que:

- La actuación de los militares se ajustará a lo previsto en la CE.
- Los elementos básicos del comportamiento de los militares son la disciplina, la jerarquía y la obediencia, sujeta ésta a límites, y
- El mando militar reviste peculiaridades, en relación con el poder de dirección que ostentan los órganos superiores respecto de los subordinados en el ámbito de la Administración.

La Ley que ha venido a proclamar dichas reglas esenciales de actuación de los militares ha sido la LCM³⁰, que dedica a ellas el apartado 1 de su artículo 4. En el apartado 3, reitera el mismo precepto que dichas reglas se desarrollarán en las RO, re-

²⁵ Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio.

²⁶ Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto 1726/2007, de 21 de diciembre.

²⁷ Ley 26/1999, de 9 de junio, desarrollada por el Real Decreto 991/2000, de 2 de junio.

²⁸ Aprobado por Real Decreto 137/1993, de 29 de enero.

²⁹ Por obra de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

³⁰ No se entiende muy bien la razón por la que esas reglas esenciales de actuación no quedaron directamente plasmadas en la LODN. La LCM, en tanto que norma rectora del régimen del personal militar, tampoco parece la sede más adecuada para proclamarlas.

cogiendo «con las adaptaciones debidas a la condición militar, el código de conducta de los empleados públicos»³¹.

De este modo, y como dice su artículo 1, las RO «constituyen el código de conducta de los militares, definen los principios éticos y las reglas de comportamiento de acuerdo con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico». Y «deben servir de guía a todos los militares para fomentar y exigir el exacto cumplimiento del deber, inspirado en el amor a España, y en el honor, disciplina y valor».

Más allá de la distinción conceptual que el citado precepto anuncia entre *principios éticos* y *reglas de comportamiento*, una lectura atenta de las Ordenanzas permite separar:

- a. Los aspectos estructurales, referidos a la proclamación de los deberes, la definición del perfil profesional y el establecimiento de las pautas de actuación del militar.
- b. Y el contenido funcional, dedicado a implantar unas normas de procedimiento en relación con la actividad específica de las Fuerzas Armadas y a detallar las funciones del militar.

Este trabajo se limitará a los primeros, dejando para otra ocasión el examen del segundo.

1.4. APLICACIÓN DE LAS REALES ORDENANZAS

Las RO tienen como destinatarios a los militares, entendiéndose por tales, como expresa su artículo 2:

1. Los militares profesionales, a saber:
 - a. Los militares de carrera, que mantienen una relación de servicios de carácter permanente y aseguran la continuidad y estabilidad de la estructura, el funcionamiento y los valores esenciales de las Fuerzas Armadas en el marco constitucional (art. 3.2 LCM).
 - b. Los militares de complemento, Oficiales que, para atender necesidades específicas de las Fuerzas Armadas, establecen su relación de servicios profesionales mediante compromisos temporales³² (art. 3.3. LCM).
 - c. Y los militares de Tropa y Marinería, que son la base de los Ejércitos y mantienen una relación de servicios profesionales que, inicialmente, se articula a través de compromisos de carácter temporal, pero pueden más tarde convertirse en militares de carrera (art. 3.4 LCM).

Todos ellos están sometidos a lo determinado en las RO mientras se encuentren en alguna de las situaciones de servicio activo, con o sin destino, reserva, suspensión de funciones, suspensión de empleo, o excedencia por razón de violencia de género. Quienes estén en excedencia por alguna de las otras causas legalmente previstas o en

³¹ Que se contienen en los artículos 52 al 54 del EBEP.

³² Aunque pueden acceder a una relación de carácter permanente o a la condición de militar de carrera, en los términos de la disposición transitoria quinta de la LCM.

servicios especiales, tendrán su condición de militar en suspenso y no estarán sujetos ni a las RO ni, en general, al régimen general de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas (arts. 107 al 113 LCM).

2. Los alumnos de los centros docentes militares de formación, incluidos los que se encuentren en la Academia General Militar cursando parte de las enseñanzas de formación para el acceso a las Escalas de Oficiales de la Guardia Civil, con arreglo al artículo 20.4 de la Ley de Régimen del Personal de la Guardia Civil, de 1999³³. Téngase presente que, entre los criterios que, a tenor del artículo 64.1 de la LCM, deben inspirar los planes de estudios de la enseñanza de formación, en sus distintos ámbitos (de oficiales, de suboficiales, de militares de complemento y de tropa y marinería, según resulta de los arts. 44 al 47 de la LCM), se hallan los de:

- Asegurar el conocimiento de las misiones de las Fuerzas Armadas (letra e/).
- Y promover los valores y las reglas de comportamiento del militar (letra f/).

3. Los aspirantes a reservista, durante su período de formación, y los reservistas, mientras estén activados. Recuérdese que son reservistas «los españoles que, en aplicación del derecho y deber constitucionales de defender a España, pueden ser llamados a incorporarse a las Fuerzas Armadas» para participar en las misiones prevenidas por la LODN (art. 122.1 LCM). Existen tres clases de reservistas:

- a. Reservistas voluntarios; lo son los españoles que lo soliciten en la convocatoria correspondiente, posean las titulaciones exigidas y sean seleccionados y superen los períodos de formación militares reglamentariamente determinados (arts. 112.2.a/ y 125 LCM).
- b. Reservistas obligatorios, españoles de entre 19 y 25 años declarados como tales por el Gobierno mediante Real Decreto, previa autorización del Congreso, en situaciones de crisis en las que las necesidades de la defensa nacional no puedan ser atendidas por los efectivos de militares profesionales ni de otras clases de reservistas (arts. 122.2.b/, 123.2 y 136.1 LCM).
- c. Reservistas de especial disponibilidad, que son los militares profesionales de tropa y marinería que, habiendo prestado al menos 18 años de servicios, lo soliciten al finalizar su compromiso de larga duración (arts. 122.3 LCM y 17 LTM).

4. E indirectamente los miembros de la Guardia Civil, cuya normativa específica «recogerá lo que disponen [las] RO en aquello que les sea aplicable». No se olvide que, en lógico correlato con lo dispuesto en el artículo 13.2 de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad³⁴ («El régimen estatutario de la Guardia Civil será el establecido en la presente ley, en las normas que la desarrollan y en el Ordenamiento militar»), el 4.2 de la LCM quiere que las reglas esenciales que definen el comportamiento de los militares sean también observadas por los guardias civiles «en lo que resulten aplicables con arreglo a lo dispuesto en su propia normativa».

³³ Ley 42/1999, de 25 de noviembre.

³⁴ Vid. Nota 29, *supra*.

II. EL CÓDIGO DEONTOLÓGICO MILITAR

2.1. EL PRIMER DEBER

El presupuesto lógico y jurídico de las obligaciones militares de los españoles viene constituido por «el derecho y el deber de defender a España», que proclama el artículo 30 de la CE en su apartado 1. La concreta determinación de dichas obligaciones viene atribuida, en cada momento, a la ley, porque así lo quiere el apartado 2 del mismo precepto.

Pues bien, en este plano de legalidad el artículo 4.1. de la LCM, recogiendo casi literalmente el texto del artículo 186 de las Reales Ordenanzas de 1978, conforma, en su regla Primera, como «primer y más fundamental» deber de todo militar el de estar en permanente disposición para defender a España, «incluso con la entrega de la vida cuando fuera necesario». El artículo 3 de las RO reproduce, ya a nivel reglamentario, la misma formulación.

La consciencia de este fundamental deber se adquiere a través del juramento o promesa, formulado ante la Bandera, de defender a España, que a todo militar imponen los artículos 7 de la LCM y 6 de las RO. El juramento o promesa constituye un requisito *sine qua non* para poder adquirir la condición de militar de carrera, de complemento o de tropa y marinería.

La existencia de preceptos legales que imponen al ciudadano el deber de sacrificarse por la sociedad no es infrecuente en el ordenamiento jurídico, pero para el militar el sacrificio alcanza el máximo nivel.

La aparente contradicción entre el primer deber del militar y el derecho fundamental a la vida y a la integridad física, consagrado en el artículo 15 de la CE, no es tal. La ley impone el sacrificio a los militares, precisamente para hacer posible el cumplimiento por la Fuerzas Armadas de las altas funciones que le encomienda el artículo 8.1 de la CE³⁵. En palabras de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (sección 6ª) del Tribunal Supremo, de 10 de abril de 2000:

«Es cierto que la muerte forma parte de la vida. Pero si esto es así siempre, en el caso del militar ... pareciera como si ese acontecimiento futuro, incierto por lo que hace al cuándo, pero cierto en cuanto al sí, que es la muerte, pasa a estar en primer plano. Y esto, no tanto porque la muerte pertenece a la naturaleza de las cosas cuanto porque es algo inherente a una profesión como la militar, a la que se accede mediante la superación de durísimas pruebas de selección y de capacitación, y que exige el sometimiento constante a una disciplina, cuyo acatamiento impone, por un lado, la necesidad de «estar al día» en el dominio de una técnica en constante progreso ... y por otro la aceptación de un riesgo que no es meramente hipotético sino perfectamente constatado por la práctica».

Los militares son, en expresión del artículo 21 de las RO, herederos y depositarios de la tradición militar española, forjada por los que dieron su vida por la Patria.

³⁵ Cfr., sobre el deber de los militares de defender a España PEÑARRUBIA IZA, J.M., «Presupuestos constitucionales de la Función militar», Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 163 y ss.

El homenaje que a ellos se tributa es, no sólo un deber de gratitud, sino un motivo de estímulo para continuar su labor.

Conviene significar que el de entregar la vida por España integra un auténtico deber jurídico, y no sólo una regla de carácter ético o moral, con la consecuencia de la exigibilidad de su cumplimiento. El Derecho, como señala CASTÁN, «es, a un mismo tiempo, y escalonadamente, norma moral, norma social y norma positiva», pero mientras que la infracción de las normas morales sólo puede producir el reproche de la conciencia o de la opinión pública, el cumplimiento del mandato contenido en una norma jurídica puede hacerse efectivo mediante la coacción posible³⁶.

El incumplimiento del deber del que se trata, en su vertiente de arriesgar –y, eventualmente, perder– la vida y la integridad física se vincula, en tesis general, a la cobardía, y puede constituir, según las circunstancias del caso:

a. Alguno de estos delitos:

- Por cobardía, abandonar su puesto, rehusar permanecer o situarse en él o incumplir la misión encomendada, cuando estas acciones se produzcan frente al enemigo, rebeldes o sediciosos, o en tiempo de guerra (arts. 107 y 108 CPM).
- Realizar actos demostrativos de cobardía susceptibles de infundir pánico o producir grave desorden entre la propia fuerza, hallándose en tiempo de guerra, en circunstancias críticas o frente al enemigo, rebeldes o sediciosos (art. 109 CPM).
- Por cobardía y para excusarse de su puesto o misión en el combate, simular enfermedad o lesión, producirse una u otra o emplear cualquier otro engaño (art. 110 CPM).
- Entregar, rendir o abandonar al enemigo, rebeldes o sediciosos plaza, establecimiento, instalación militar, puesto, buque, aeronave, fuerza u otros recursos humanos o materiales de guerra o combate, sin haber agotado el empleo de los medios de defensa que exijan los preceptos de ordenanza u órdenes recibidas (art. 111 CPM).
- Incluir en la capitulación plaza, fuerzas o recursos no comprometidos en el hecho de armas que ha determinado la rendición, o establecer para sí o para otros condiciones más ventajosas en la capitulación, sin razón suficiente (art. 112 CPM).
- Por temor a un riesgo personal, violar algún deber militar cuya naturaleza exija afrontar el peligro y superar el miedo (art. 113 CPM).

b. O una de estas faltas graves:

- Incumplir un deber militar por temor a un riesgo personal (art. 8.3 LORD).
- Dejar de auxiliar al compañero en peligro (art. 8.22 LORD)

Estar dispuesto a entregar todo al servicio de España no consiste sólo en ser valeroso, esto es, capaz de vencer el temor que, en toda persona normal, suscita el peli-

³⁶ CASTÁN TOBEÑAS, J. «Derecho Civil español, común y foral», t. I, «Introducción y parte general», 11ª ed., Madrid, 1975, pp. 54-71.

gro. Este comportamiento –exigible, como se ha dicho, al militar-, integra la parte más intensa o excepcional del deber, pero su total cumplimiento, su «diaria expresión», comporta también la más estricta observancia de la Constitución y demás normas que rigen la actuación de las Fuerzas Armadas (arts. 4.1, regla Primera, LCM y 3 RO).

2.2. LOS DEBERES GENERALES

A. Actuación disciplinada

La disciplina es la virtud fundamental del militar y obliga a todos por igual, afirma el artículo 44 de las RO. Comprende un conjunto de reglas para mantener el orden y la subordinación dentro de los Ejércitos, a las que el militar debe adherirse racionalmente, en el convencimiento de que garantizan «la rectitud de conciencia individual y colectiva» y aseguran «el cumplimiento riguroso del deber».

Los artículos 4.1, regla Séptima, de la LCM y 8 de las RO caracterizan a la disciplina como «factor de cohesión» en las Fuerzas Armadas, y determinan, por lo tanto, que sea practicada y exigida como norma de actuación por los militares.

De la mano de los preceptos citados, se alcanza a ver una doble dimensión de la disciplina:

- (i) Colectiva; para el conjunto de los militares, la disciplina consiste en el acatamiento a la Constitución, en tanto que norma fundamental del Estado. No es ocioso recordar que una de las misiones que el artículo 8.1 de la CE confía a las Fuerzas Armadas es, precisamente, la defensa del ordenamiento constitucional.

En tanto que empleados públicos, los militares deben respetar también el resto de normas que integran el ordenamiento jurídico, como ordena el artículo 53.1 del EBEP.

Esta disciplina colectiva se pone de manifiesto a través de signos externos que todo militar debe observar y exigir, como el saludo militar, «expresión de respeto mutuo, disciplina y unión» entre los miembros de las Fuerzas Armadas (art. 52 RO).

- (ii) Individual; para cualquier militar, la disciplina exige:

- a. Mandar con responsabilidad; a tenor de los artículos 4.1, reglas Novena y Duodécima, de la LCM y 53 al 55 de las RO, ésto significa que:
 - El mando militar debe ejercerse con sentido de la responsabilidad, pues sólo así puede alcanzarse la confianza, tanto de los superiores como de los subordinados.
 - El que ejerce mando tiene el deber de exigir obediencia a sus subordinados y el derecho a que se respete su autoridad, pero no podrá ordenar actos delictivos ni de otro modo contrarios a las leyes.
 - El prestigio, basado en el ejemplo, la preparación y la capacidad de decisión, es la principal baza del jefe para reafirmar su liderazgo y lograr el apoyo y cooperación de sus subordinados.
 - La responsabilidad es inherente al mando, irrenunciable y no compartida.

b. Obedecer las órdenes y requerimientos de los superiores, así como las instrucciones y órdenes de otras autoridades de las que dependa, como disponen los artículos 4.1, reglas Décima y Undécima, de la LCM, y 45 al 48 de las RO. La obediencia ha de practicarse también de forma responsable, lo que implica:

- Fidelidad a los propósitos del mando e iniciativa.
- Coherencia en las decisiones que se tomen ante lo imprevisto.
- Consciencia de que la obediencia debida no se extiende a las órdenes que determinen o impliquen la ejecución de actos delictivos, en particular si lo son contra la Constitución o las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado³⁷. El artículo 21 del CP es, a este respecto, taxativo: «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».

Obviamente, el problema reside, no en las órdenes cuyo contenido es claramente delictivo –que, definitivamente, no pueden ni deben ser obedecidas-, sino en aquellas otras en que la infracción de ley no es evidente, aunque pueda adivinarse o intuirse. En estos casos, debe el militar decidir según su propia conciencia y honor, bien entendido que «asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión», como indica la regla Décima del artículo 4.1 de la LCM, recogiendo la expresión literal del artículo 34 de las Reales Ordenanzas de 1978.

B. Respeto al orden jerárquico

Las Fuerzas Armadas constituyen una organización en la que la jerarquía «define la situación relativa entre sus miembros, en cuanto concierne a mando, subordinación y responsabilidad», como recalca la regla Octava del artículo 4.1 del LCM. Por ello, este mismo precepto y el artículo 9 de las RO exigen al militar que desempeñe sus cometidos con estricto respeto al orden jerárquico.

El artículo 19 de la LCM y el 9 de las RO indican que los cargos, destinos y servicios que desempeñan los militares dependen del nivel que, por su empleo, ocupen en la jerarquía y conllevan el ejercicio de la autoridad, normalmente mediante la acción de mando. La autoridad comporta para quien está investido de ella el derecho y el deber de:

- tomar decisiones,
- dar órdenes y hacerlas cumplir,
- fortalecer la moral,
- motivar a los subordinados,
- mantener la disciplina, y
- administrar los medios asignados.

³⁷ Sobre los delitos de guerra, vid., por todos, PIGNATELLI MECA, F., «Protección de las víctimas de la guerra en el ordenamiento penal español», en VV.AA. «Derecho Internacional Humanitario», coord. por RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO, J.L., 2ª ed., Valencia, 2007, pp. 855-907.

El respeto al orden jerárquico militar ha de ser pleno, no sólo dentro de la estructura de las Fuerzas Armadas, sino también en los demás ámbitos del Ministerio de Defensa donde, de conformidad con el artículo 20.6 de la LCM, desarrollen los militares sus funciones; en estos casos el militar, como empleado público, debe, además, respetar la jerarquía administrativa (arts. 3.1 y 21 LRJ-PAC; 3.1.a/ de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de 1997³⁸; 54.3 EBEP; y 46 RO).

C. Lealtad y compañerismo

El artículo 7 de las RO señala los tres pilares sobre los que descansa la eficacia de las Fuerzas Armadas: disciplina, jerarquía y unidad. Esta última es el fruto de la lealtad y el compañerismo entre los militares, que han de practicar ambas virtudes como expresión de la voluntad de asumir solidariamente el cumplimiento de las misiones de los Ejércitos, en palabras de la regla Decimotercera del artículo 4.1 de la LCM, recogidas por el artículo 10 de las RO.

Aunque las Ordenanzas no son, a este respecto, sistemáticas, sí proporcionan elementos bastantes para caracterizar este doble deber:

(i) La lealtad, concebida como «cualidad de guardar fidelidad a personas e instituciones»³⁹, tiene dos sentidos:

a. En relación con el superior, exige, básicamente al subordinado:

- Proponerle sugerencias antes de que hayan tomado una decisión, aceptando, defendiendo, desarrollando y transmitiendo como propia ésta, cuando se produzca (art. 29 RO).
- Informarle objetivamente sobre asuntos del servicio (art. 34 RO).
- Darle cuenta inmediata de las novedades o irregularidades conocidas (art. 37 RO).
- Cumplir las órdenes con fidelidad, responsabilidad y espíritu de iniciativa (art. 47 RO).
- Formular, en cuanto a las órdenes recibidas, las objeciones que considere su deber, sin perjuicio de cumplirlas para no perjudicar la misión encomendada (art. 49 RO).

b. Respecto de los subordinados, obliga al superior a:

- Ejercer su autoridad con justicia y equidad, sin perjuicio de la firmeza, huyendo de la arbitrariedad y promoviendo un ambiente de responsabilidad, íntima satisfacción y mutuo respeto (art. 61 RO).
- Razonar, en lo posible, las órdenes que imparta (art. 63 RO).
- Respalda las órdenes que den los subordinados, a menos que no sean justas o adecuadas (art. 64 RO).

³⁸ Ley 6/1997, de 14 de abril.

³⁹ FONTENLA BALLESTA, F. y OTROS, «Diccionario Militar Moderno», 2ª ed., Ministerio de Defensa-Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2006.

- No invadir las funciones y cometidos de los subordinados (art. 67 RO).
- Mantener con los subordinados un contacto directo, que le permita conocer su historial, inquietudes e intereses (art. 69 RO).
- Obrar con reflexión, justicia y equidad en los informes personales de sus subordinados y en los procesos de evaluación en los que participe (art. 36 RO).
- Informar a sus subordinados de las actividades en curso y de los planes o proyectos que les puedan afectar, en la medida en que lo permitan las circunstancias (art. 74 RO).
- Reconocer y recompensar los méritos de sus subordinados (art. 75 RO).

(ii) El compañerismo, por su parte, se ha definido como «vínculo entre compañeros» o «espíritu de cuerpo»⁴⁰.

En la primera de esas acepciones, se presenta como un elemento esencial de convivencia en las unidades militares. Constituye la base de la igualdad y resulta incompatible con la discriminación de género o por razón de nacimiento, origen racial o étnico, orientación sexual, religión o convicciones, opinión o cualesquiera otras circunstancias personales o sociales, en la línea de cuanto establecen los artículos 13 y 73 de las RO.

En su otra faceta, conduce al militar a sentirse orgulloso de su unidad y a conservar y transmitir el historial, tradiciones y símbolos de aquella, para perpetuar su recuerdo, reforzar las virtudes de sus componentes y contribuir al prestigio de las Fuerzas Armadas, como quieren los artículos 22 y 23 de las RO.

El compañerismo, en definitiva, es el camino hacia el espíritu de equipo, que el artículo 72 de las RO califica como imprescindible para aumentar la cohesión de la unidad y la convergencia de esfuerzos y optimizar así el rendimiento individual y colectivo de los militares.

D. Competencia profesional

Declara el artículo 25 de las RO que la competencia profesional de los militares debe ser la precisa para:

- Contribuir a la eficacia de las Fuerzas Armadas.
- Adaptarse a la evolución de la sociedad y del entorno internacional.
- Y poder actuar en un contexto de innovación en medios y procedimientos.

A tal fin, la regla Decimocuarta del artículo 4.1 de la LCM y los artículos 25, citado, 26 y 128 de las RO les impone un deber múltiple y exigente:

- (i) Adquirir:
 - a. Una sólida formación moral, intelectual, humanística y técnica.
 - b. Un elevado conocimiento de su profesión.
 - c. Y una adecuada preparación física

⁴⁰ «Diccionario Militar ...», o.c.

(ii) Prepararse para:

- a. Alcanzar el más alto nivel de competencia profesional, en particular en los ámbitos operativo, técnico y de gestión de recursos.
- b. Estar en disposición de adaptarse a diferentes misiones y escenarios.

(iii) Y actualizar y perfeccionar su formación y competencia, aprovechando al máximo los medios y oportunidades que, en el ámbito de la enseñanza y de la instrucción y adiestramiento, le proporcionan las Fuerzas Armadas.

Lo indicado está, por lo demás, en sintonía con la conformación que de la enseñanza en las Fuerzas Armadas realiza el artículo 43.1 de la LCM, como comprensiva de la formación integral y continuada y encaminada tanto la capacitación profesional de los militares, cuanto la actualización permanente de sus conocimientos.

E. Exacto cumplimiento de las propias obligaciones

La imposición normativa de una conducta honorable es común a todos los servidores públicos: los artículos 52 al 54 del EBEP consagran, entre otros, los principios de dedicación al servicio, eficacia, integridad y honradez para todo el personal al servicio de las Administraciones Públicas, y el artículo 5 de las RO recuerda que el militar también ha de acomodar su actuación a ellos. Pero, a partir de esa base común, la LCM y las RO construyen un sistema de mayor exigencia para los militares.

Con expresión tradicional, censura el artículo 14 de las RO al militar «cuyo propio honor y espíritu no le estimulen a obrar siempre bien», señalando que «vale muy poco para el servicio». Y es que de todo componente de las Fuerzas Armadas se espera, y así se le imponen la regla Decimoquinta del artículo 4.1 de la LCM y el artículo 16 de las RO, que cumpla con rigor y precisión sus deberes y obligaciones, inspirado en las reglas fundamentales de comportamiento del militar y en las Ordenanzas, pues en ello consiste el *honor militar*.

Lo dicho requiere:

- (i) Por una parte, y a tenor de los artículos 14, 17, 19 y 20 de las RO, la «exactitud en el servicio», pero sin «contentarse regularmente con hacer lo preciso de su deber, sin que su propia voluntad adelante cosa alguna», pues ello es síntoma «de gran desidia e ineptitud para la carrera de las armas». Se imponen, además
 - La «dedicación y espíritu de sacrificio» y el «constante deseo de ser empleado en las ocasiones de mayor riesgo y fatiga», subordinando «la honrada ambición profesional a la íntima satisfacción del deber cumplido».
 - Y la disponibilidad permanente para el servicio.
- (ii) Y, por otro lado, dar «primacía a los principios éticos que responden a una exigencia de la que hará norma de vida», velando por «el prestigio de las Fuerzas Armadas y por el suyo propio, en cuanto miembro de ellas», como marcan los artículos 15 y 22 de las RO.

No se trata, pues, de simples obligaciones laborales, sino de deberes que trascienden el ámbito profesional para orientar toda la vida del militar.

2.3. LOS DEBERES ESPECÍFICOS

A. Durante las operaciones militares

Las reglas Segunda y Cuarta a Sexta del artículo 4.1 de la LCM, y los artículos 83 al 85 y 93 de las RO, imponen a los miembros de las Fuerzas Armadas que estén participando en operaciones militares unos concretos deberes:

- (i) Afrontar las situaciones de combate con valor, abnegación y espíritu de sacrificio, como aplicación específica de otros postulados generales de las propias Ordenanzas: el valor es una virtud a la que «nunca ha de faltar el militar» (art. 17); y la profesión militar ha de ejercerse con espíritu de sacrificio (art. 19), de suerte que constituye prueba de «desidia e ineptitud para la carrera de las armas» el «excusarse con males imaginarios o supuestos de las fatigas que le corresponden» (art. 14).
- (ii) Ajustar su comportamiento a las normas del Derecho Internacional de los Conflictos Armados. Esta obligación particulariza el deber general de respeto de la dignidad y los derechos fundamentales de la persona, sin padecer ni hacer objeto a otros, o consentirlo, de medidas que menoscaben dichos valores (arts. 11 y 12 RO).
- (iii) Proporcionalidad en el uso legítimo de la fuerza, de acuerdo con las reglas de enfrentamiento (ROE) establecidas al efecto. Las ROE son instrucciones a las fuerzas militares, o a sus miembros individualmente considerados, que determina las condiciones el grado y el modo en que puede o no emplearse la fuerza o realizar acciones susceptibles de considerarse provocativas. Las ROE no interfieren con ni restringen el derecho a la legítima defensa⁴¹.
- (iv) Cooperar con los ejércitos de países aliados, en el marco de las organizaciones internacionales de las que España forme parte, teniendo en cuenta que actúa como «instrumento de la Nación española». Por lo mismo, la eventual integración en estructuras militares extranjeras o internacionales no comporta *per se* la inaplicación de las RO al militar español, salvo lo dispuesto en los tratados internacionales correspondientes; y en su trato con los componentes de los ejércitos de otras naciones deberá seguir las mismas reglas vigentes en nuestras Fuerzas Armadas (art. 31 RO).

B. En situaciones de crisis no militar

Si en circunstancias de normalidad está el militar obligado a ser cortés y deferente con la población civil, a la que deberá ahorrar molestias innecesarias causadas por el

⁴¹ Para un estudio sistemático de las ROE (aunque primariamente referido a las Fuerzas armadas de los EE. UU.), vid. el «Operational Law Handbook», editado por el Judge Advocate General's Legal Center & School del Ejército de los EE. UU., Charlottesville, 2009, pp. 73-81.

servicio (art. 32 RO), cuando las Fuerzas Armadas intervengan en situaciones críticas –como catástrofes, calamidades o supuestos de grave riesgo– quedan sus miembros obligados por la regla Tercera del artículo 4.1 de la LCM y el artículo 98 de las RO a «poner todo su empeño en preservar la seguridad y bienestar de los ciudadanos.

III. EL PERFIL PROFESIONAL

Las precitadas reglas de comportamiento del militar, que estipula el artículo 4.1 de la LCM, y las RO, además de proporcionar el catálogo de deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas diseñan las líneas básicas del perfil profesional de los miembros de las Fuerzas Armadas. Ese perfil tiene tres componentes:

- a. El denominado *espíritu militar*, consistente en la aceptación de ciertos valores y la asunción de unos determinados compromisos.
- b. Un conjunto de cualidades fundamentales, que definen una forma de ser y actuar, y
- c. La capacidad profesional para ejercer los cometidos que a cada cual correspondan.

La enseñanza militar, en su conjunto⁴², se orienta a cualificar a todos los componentes de los Ejércitos en la línea del perfil apuntado. Por ello declara el artículo 43.1 de la LCM, en su párrafo segundo, que no se limita a la capacitación profesional específica, sino que comprende «la formación integral» del militar.

El esfuerzo más importante se efectúa, obviamente, en la enseñanza de formación, cuyos planes de estudios, además de proporcionar la capacitación y especialización necesarias para la incorporación al cuerpo y escala que corresponda, deben buscar la completa formación humana y el desarrollo de la personalidad de los alumnos y promover los valores y reglas de comportamiento del militar (art. 64 LCM).

3.1. EL ESPÍRITU MILITAR

Sin definirlo, expresa el artículo 14 de las RO en qué consiste el espíritu militar: obrar siempre bien, a impulsos del propio honor y espíritu; sin él, el militar «vale muy poco para el servicio». El mismo precepto menciona algunos comportamientos contrarios a ese buen actuar, que demuestran «gran desidia e ineptitud para la carrera de las armas»: la impuntualidad, simular enfermedades o indisposiciones, el conformismo y falta de iniciativa y la falta de interés por la profesión, manifestada por hablar pocas veces de ella; esos ejemplos de lo que no se debe hacer resultan descriptivos, pero no pasan de ser eso, ejemplos.

En su núcleo esencial, el espíritu militar comprende:

⁴² Como es sabido, la enseñanza militar tiene tres dimensiones: enseñanza de formación, que, a su vez, es distinta para los oficiales, los suboficiales, los militares de complemento y los de tropa y marinería; enseñanza de perfeccionamiento; y altos estudios de la defensa nacional (arts. 43-49 LCM).

- (i) En primer término, el compromiso de contribuir a la defensa militar de España, a través del uso legítimo de la fuerza y entregando, si preciso fuere, incluso la vida (arts. 3 y 10 RO).
- (ii) La asunción del papel que la Constitución y las leyes asignan a las Fuerzas Armadas, unida al propósito de guardar y hacer guardar la Ley Fundamental y de cumplir puntualmente los deberes que derivan de las misiones de las Fuerzas Armadas y de la propia condición militar (arts. 3 y 4 RO).
- (iii) La aceptación y puesta en práctica de los valores de la disciplina, valor, prontitud en la obediencia y exactitud en el servicio (arts. 14 y 17 RO).
- (iv) El amor al servicio y constante deseo de ser empleado en las ocasiones de mayor riesgo y fatiga que, en su dimensión colectiva, conduce a la disposición a contribuir con el esfuerzo personal a que la unidad de la que se forme parte «mantenga los mayores niveles de preparación, eficacia, eficiencia y cohesión, con objeto de que merezca ser designada para las más importantes y arriesgadas misiones» (arts. 19 y 22 RO).
- (v) La voluntad de hacer de los principios éticos «norma de vida», en la convicción de que, de este modo, «contribuirá a la fortaleza de las Fuerzas Armadas, garantía de paz y seguridad» (art. 15 RO).
- (vi) El convencimiento del carácter esencial que para la convivencia en un Estado de derecho tienen la dignidad y los derechos fundamentales de la persona (arts. 11 y 12 RO; recuérdese que una y otros constituyen, con el respeto a la ley y a los derechos de los demás, el propio fundamento del orden político y de la paz social, en expresión del artículo 10.1 de la CE).
- (vii) Y la búsqueda del sentido de la justicia como guía de su comportamiento, para propiciar que «nadie tenga nada que esperar del favor ni temer de la arbitrariedad» (arts. 18, 35 y 36 RO).

3.2. LAS CUALIDADES FUNDAMENTALES DEL MILITAR

El espíritu militar, siendo esencial, no basta para desarrollar con acierto la carrera de las armas. Se requieren, además, las cualidades precisas para estar a la altura de las exigencias de esta singular profesión:

- (i) No faltar nunca a los principios de actuación comunes a todo servidor público, que el artículo 5 de las RO enumera de este modo: «objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez y promoción del entorno cultural y medioambiental».
- (ii) Ajustar su comportamiento a las características esenciales de las Fuerzas Armadas, de disciplina, jerarquía y unidad, en las que se basa la eficacia de la organización (art. 7 RO).
- (iii) Conocer, aplicar y hacer respetar los criterios y normas sobre igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres y en cuanto a la prevención de la violencia de género (art. 13 RO). Una y otra constituyen objetivos de toda la sociedad, por lo que dichas normas y criterios son los establecidos para todo el personal al servicio de la Administración General del Estado, con

las adaptaciones, desarrollos y medidas que resulten específicas en el ámbito de las Fuerzas Armadas (art. 6 LCM).

- (iv) Saber cuáles son y cumplir con exactitud sus deberes profesionales, a impulsos del sentimiento del honor, esto es, sin pretender nada más que la íntima satisfacción del deber cumplido (arts. 16 y 19 RO). Con todo, la honrada ambición profesional no es incompatible con ello, y, en tesis general, el militar será reconocido y premiado por sus méritos (art. 75 RO).
- (v) Adquirir el más alto nivel de competencia profesional, especialmente en los ámbitos operativo, técnico y de gestión de recursos (art. 26 RO). Para ello, debe aprovechar al máximo los medios y oportunidades que las Fuerzas Armadas le brindan, poniendo en ello todo su empeño y capacidad (art. 128 RO).
- (vi) Mantener permanentemente actualizada su formación moral, intelectual, técnica y humanística, además de su preparación física, a través de la enseñanza y de la instrucción y adiestramiento (arts. 25 y 128 RO).
- (vii) Ser capaz de adaptarse a la evolución propia de la sociedad y del entorno internacional y, correlativamente, a las diferentes misiones y escenarios en que pueden intervenir los Ejércitos (arts. 25 y 26 RO). La profesión militar es esencialmente dinámica y exige de quienes deciden vivirla una constante innovación en medios y procedimientos, conjugada con la conservación y transmisión de las tradiciones y símbolos, que como dicen los artículos 21 y 23 de las RO, constituye un motivo de estímulo para continuar la obra de quienes dieron su vida por España y contribuye a reforzar las virtudes militares.
- (viii) Practicar y fomentar el trabajo en equipo (arts. 72 y 127 RO). En el plano global, la acción conjunta es lo que hace de las Fuerzas Armadas una entidad única e integradora de las formas de acción específicas de cada uno de sus componentes (art. 27 RO). A nivel de unidad, la convergencia de esfuerzos y la cohesión, basadas en el espíritu de equipo, permiten optimizar el rendimiento individual y de conjunto. El espíritu de unidad, basado en la transmisión de las tradiciones, es un valor que consagra el artículo 23 de las RO.

3.3. LA CAPACIDAD PROFESIONAL

A. De todo militar

A través de la enseñanza militar, se proporciona a todos los miembros de las Fuerzas Armadas «la formación requerida para el ejercicio profesional en los diferentes cuerpos, escalas y especialidades», como indica el artículo 43.1 de la LCM. De este modo, el militar posee:

- (i) La capacidad profesional necesaria para desempeñar las competencias del puesto que ocupe, dentro del ámbito de las Fuerzas Armadas o en el Ministerio de Defensa, sin que sea preciso ni exigible requisito alguno de colegiación profesional (art. 42.1 LCM).

El contenido concreto de tales competencias viene definido por tres elementos:

- Los cometidos del cuerpo al que pertenezca el militar, que son los respectivamente determinados en los artículos 27 al 40 de la LCM. En definitiva, esos cometidos se traducen en el ejercicio de funciones operativas, técnicas, logísticas o administrativas, mediante acciones directivas –que incluyen las de mando –, de gestión o ejecutivas. (arts. 25.1 y 19 LCM).
- Las facultades que correspondan a su escala y, en su caso, especialidad, que están en función de los requisitos educativos exigidos para acceder a ella y de la preparación recibida, y definen su nivel de responsabilidad (art. 25.2 LCM).
- Y el empleo militar que se ostente, que otorga los derechos y atribuye los deberes legalmente establecidos y faculta para actuar en el nivel correspondiente de la estructura orgánica y operativa de las Fuerzas Armadas o del Ministerio de Defensa (art. 23.1 LCM).

(ii) Y la aptitud para realizar los servicios, guardias y comisiones que puedan corresponderle, en los términos legal y reglamentariamente previstos (art. 42.3 LCM).

B. De los militares de los cuerpos específicos de los Ejércitos

El artículo 42.2 de la LCM atribuye, además, a los militares integrados en los cuerpos específicos de los Ejércitos⁴³, genéricamente, la capacidad «necesaria para desempeñar los cometidos no atribuidos particularmente a un cuerpo concreto dentro de su Ejército». De forma un tanto redundante con la disposición contenida en el artículo 42.3 de la LCM, de previa cita, añade el precepto del que se trata que dichos militares están también habilitados «para prestar los servicios y guardias que garanticen el funcionamiento y seguridad de las unidades, centros y organismos».

IV. PAUTAS GENERALES DE ACTUACIÓN DEL MILITAR

Las RO, ya quedó dicho, sientan unas pautas a las que debe ajustarse la conducta de todo militar. Algunas de ellas tienen validez general; otras, en cambio, se orientan concretamente al ámbito profesional.

Se tratará, a continuación, de sintetizar el patrón de comportamiento diseñado por las Ordenanzas, teniendo en cuenta el ámbito al que se refiere.

4.1. EN TODO MOMENTO

A. Mostrar el máximo respeto hacia los símbolos de España

⁴³ Que enumeran los apartados 1 a 3 del artículo 26 de la LCM. Los demás militares son los pertenecientes a los cuerpos comunes de las Fuerzas Armadas, que expresa el apartado 4 del propio precepto.

La Bandera y el Escudo de España y el Himno Nacional son los símbolos de la Patria, transmitidos por la historia y el militar, como ciudadano ejemplar, está particularmente obligado por el artículo 6 de las RO a prestarles el máximo respeto. Esta actitud viene representada por el juramento o promesa solemne de defender a España, prestado ante su Bandera, que regula el artículo 7 de la LCM.

Correlativamente, el artículo 1 del reciente reglamento de Honores Militares, de 2010⁴⁴, atribuye a las Fuerzas Armadas el privilegio de rendir honores militares a la Bandera de España, al Rey y a las personalidades, autoridades y mandos militares que deban recibirlos, «en representación», como afirma el preámbulo del Real Decreto aprobador, «de la Nación y en nombre de los poderes del Estado»

B. Observar y exigir los signos externos de disciplina y cortesía militar

La disciplina, además de practicarse ha de manifestarse. Debe, por ello, el militar observar y exigir, con gran cuidado, los signos que la representan y que constituyen, a decir del artículo 52 de las RO, «muestras de su formación militar». A tal fin:

- (i) Se esforzará en poner de manifiesto la atención y respeto a los demás, sean militares o civiles.
- (ii) Destacará por la corrección y energía en el saludo militar, que «constituye expresión de respeto mutuo, disciplina y unión entre todos los miembros de las Fuerzas Armadas», y
- (iii) Vestirá el uniforme con orgullo y propiedad.

C. Mantener la debida discreción respecto de los datos e informaciones de carácter oficial

El militar, con mayor intensidad que otros servidores públicos, está vinculado por el deber de reserva, al que se refiere el artículo 33 de las RO. Este deber presenta tres facetas que, ordenadas de mayor a menor intensidad, consisten en:

- El cumplimiento de la normativa y medidas sobre materias clasificadas⁴⁵ y protección de datos de carácter personal⁴⁶.
- El secreto profesional, respecto de las informaciones no clasificadas que conozca por razón de su destino o cargo.
- Y el sigilo o discreción sobre los demás asuntos relativos al servicio.

⁴⁴ Aprobado por el Real Decreto 684/2010, de 20 de mayo.

⁴⁵ Básicamente, la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre Secretos Oficiales; su Reglamento, aprobado por Decreto 242/1969, de 20 de febrero; y la Política de seguridad de la información en el Ministerio de Defensas, aprobada por Orden Ministerial 76/2006, de 19 de mayo.

⁴⁶ Constituida, fundamentalmente, por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre.

D. Reaccionar ante las novedades o irregularidades

Ante las novedades o irregularidades que puedan afectar al buen funcionamiento de la unidad a la que pertenezca actuará el militar del modo que previene el artículo 37 de las RO:

- (i) Tratando, ante todo, de poner remedio a la situación o sus consecuencias, y
- (ii) Comunicando el hecho a sus superiores, a través de un parte, normalmente escrito pero que será verbal por razones de urgencia o si se trata de acontecimientos de escasa importancia.

E. Ser respetuoso con las autoridades civiles

El respeto y la cortesía militar deben ser la norma de conducta, exigida por el artículo 30 de las RO, en las relaciones de los militares con las autoridades civiles de todos los órdenes: el Gobierno de la nación, los poderes legislativo y judicial, las Comunidades Autónomas y las Administraciones Públicas, en general.

Respecto de las autoridades de las que dependa, es, además, obligado cumplir las instrucciones y órdenes de servicio que el militar reciba (art. 46 RO).

F. Fomentar las relaciones con la población civil

Al militar es exigible que procure fomentar la relación con la población civil y tenga con ella trato cortés y deferente (art. 32 RO). No se olvide que a todos los empleados públicos se impone que actúen persiguiendo la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos, a los que deben tratar con atención y respeto (arts. 53.2 y 54.1 EBEP).

G. Conservar y transmitir las tradiciones militares

Los militares son herederos y depositarios de la tradición militar española, y han de conservar y transmitir el historial, las usanzas y los símbolos de la unidad a la que pertenezcan, para perpetuar su recuerdo, fomentar el espíritu de unidad y reforzar las virtudes militares (arts. 21 y 23 RO).

H. Respetar a los militares retirados

El retiro pone fin a la relación de servicio del militar de carrera con las Fuerzas Armadas, pero el militar retirado adquiere la condición de tal, en la que, con arreglo al artículo 115 de la LCM:

- (i) Disfruta de los derechos pasivos y asistenciales legalmente establecidos, y
- (ii) Puede mantener, si lo solicita, una especial relación con los Ejércitos, a través de la adscripción a una unidad militar de su elección, lo que les faculta para:

- asistir a los actos y ceremonias en los que esa unidad participe,
- usar el uniforme militar en actos solemnes, y
- disponer de una tarjeta de identificación.

El artículo 41 de las RO ordena a los militares tratar a los retirados con respeto y consideración, «guardando las muestras de compañerismo y cortesía pertinentes».

I. Procurar la conciliación de la vida personal y la profesional

La conciliación de la vida profesional con la personal y familiar constituye un mandato impuesto a los miembros de las Fuerzas Armadas por el artículo 6.2 de la LCM, en términos análogos a los dispuestos para el personal al servicio de las Administraciones Públicas.

Los jefes de las unidades han de ser conscientes de la importancia que este objetivo tiene, y facilitar la conciliación dentro del ámbito de su competencia y teniendo en cuenta las necesidades del servicio (art. 39 RO).

J. Prestar atención al cuidado de la salud

Prestar especial atención a cuanto se refiera al cuidado de la salud, para mantener unas adecuadas condiciones psicofísicas en sí mismo y en sus subordinados es la obligación que al militar impone el artículo 40 de las RO. A estos efectos:

- Evitará los comportamientos y hábitos perjudiciales para la salud.
- Y no descuidará la educación física ni las actividades deportivas, que, además, favorecen la solidaridad y la integración.

4.2. EN EL ÁMBITO PROFESIONAL

A. Cumplir los deberes y servicios

El militar ha de cumplir con exactitud los deberes que como tal le incumben, y los servicios que se le encomienden, impulsado por su propio honor y espíritu (arts. 14, 16 y 17 RO).

B. Poner el mayor cuidado en el manejo y uso de las armas

Trata el artículo 42 de las RO del comportamiento del militar en lo concerniente a las armas, distinguiendo entre:

- (i) El manejo, esto es, el porte y entrenamiento, que debe realizarse poniendo la máxima atención y observando escrupulosamente a la normativa de seguridad, y
- (ii) El uso, entendido como empleo efectivo durante el servicio o en operaciones, y que ha de ajustarse a:

- la normativa vigente,
- las órdenes recibidas, y
- las reglas de enfrentamiento.

Téngase en cuenta que, en el empleo legítimo de la fuerza, debe siempre hacerse de ella un uso gradual y proporcionado, como imponen la regla Sexta del artículo 4.1 de la LCM y el artículo 84 de las RO.

C. Utilizar el idioma oficial

Es obligado emplear el castellano, idioma oficial de España, en los actos y relaciones de servicio (disp. adicional cuarta, núm. 1, LCM). En el ámbito internacional, el idioma será el que determinen los tratados, convenios y demás acuerdos internacionales suscritos por nuestro país (art. 31 RO).

No obstante lo anterior, podrán también utilizarse otras lenguas cooficiales para atender a los ciudadanos en las dependencias donde se desarrollen actividades de información administrativa y de registro con servicio al público. Recuérdese que debe garantizarse la atención al ciudadano en la lengua que lo solicite, siempre que sea oficial en el territorio (disp. adicional cuarta, núm. 2, LCM y arts. 54.11 EBEP y 35,d/ y 36 LRJ-PAC)

D. Informar con claridad sobre asuntos del servicio

La obligación genérica de informar sobre las novedades, antes mencionada, aparece especificada respecto de los asuntos del servicio por el artículo 34 de las RO, que dispone se efectúe de forma objetiva, clara y concisa, «sin ocultar ni desvirtuar nada de cuanto supiera». Este modo de actuar es inherente al deber de lealtad con los jefes, al que se refiere el artículo 10 de las Ordenanzas.

E. Cuidar el material e instalaciones

En relación con el material, equipo, armamento e instalaciones oficiales, la actuación del militar ha de ajustarse a los postulados del artículo 43 de las RO:

- (i) Cuidar y conservar en perfectas condiciones los que tenga a su cargo, con observancia de la normativa aplicable.
- (ii) Asegurar el correcto aprovechamiento de los recursos, y
- (iii) Vigilar el cumplimiento de las medidas de seguridad y protección del medio ambiente establecidas.

F. Respetar al personal de servicio

Siendo el exacto cumplimiento del deber uno de las claves de la operatividad de las Fuerzas Armadas, resulta ineludible dotar de especial protección a quienes actúan

en la prestación del servicio, cumpliendo órdenes o consignas. Impone por ello al artículo 50 de las RO a todos los militares una actitud de respeto hacia dicho personal, con la obligación consiguiente de atender a las indicaciones o instrucciones que efectúe en el cumplimiento de su deber, y ello aunque el destinatario sea de superior empleo.

Prevalece aquí, en beneficio de la organización, el servicio sobre la jerarquía, hasta el punto de que «prevalerse del empleo para coartar o impedir a cualquier militar que se encuentre de servicio el cumplimiento de las órdenes relativas al mismo» se tipifica como falta grave en el artículo 8.14 de la LORD.

G. Corregir adecuadamente las infracciones

El artículo 26 de la LORD impone a «todo militar» el deber de *corregir* las infracciones que observe en los de empleo inferior, aunque no le estuvieren directamente subordinados. Corregir no significa necesariamente sancionar, sino enmendar lo mal hecho; por ello, las posibilidades de actuación ante una infracción son dos:

- Advertir o amonestar verbalmente al infractor, para el mejor cumplimiento de sus obligaciones o del servicio, determinación ésta que, como aclara el artículo 11.II de la misma LORD, no tiene carácter sancionador.
- O, si considera que el hecho debiera ser sancionado –a impulsos de los principios de oportunidad y, sobre todo, tipicidad–, iniciar el procedimiento disciplinario que corresponda, a tenor de la entidad de la falta (leve, grave o causa de responsabilidad extraordinaria⁴⁷) o, si carece de competencia para ello, dar parte a la autoridad o mando que la tenga.

En cualquier caso, el párrafo segundo del artículo 26 de la LORD y el artículo 51 de las RO determinan la forma de corregir las infracciones:

- (i) No se corregirán las faltas o defectos cuando se encuentre presente un superior al que corresponda hacerlo.
- (ii) Como norma general, y en beneficio de la disciplina, no debe corregirse a un militar ante otros de inferior empleo; por excepción, procede efectuarlo cuando la falta se hubiere cometido en presencia de estos últimos, o si, de no hacerlo, se siguiera perjuicio para el servicio.
- (iii) Si la naturaleza y circunstancias de la falta exigieran una acción inmediata para mantener la disciplina y la subordinación, se podrá ordenar el arresto del infractor en su domicilio o Unidad durante el tiempo máximo de cuarenta y ocho horas, dando cuenta de inmediato a la autoridad o mando competente, para que provea lo pertinente.

⁴⁷ Apartándose de la clasificación tripartita de las infracciones en leves, graves y muy graves, implantada no sólo en el ámbito disciplinario para los empleados públicos, sino también en el Derecho Administrativo sancionador (cfr. los arts. 132 y concordantes LRJ-PAC), la LORD prevé, además de faltas leves y graves, unas causas de imposición de sanciones disciplinarias extraordinarias, en su artículo 17, que equivalen a las faltas muy graves.

BIBLIOGRAFÍA

- ALLÍ TURRILLAS, J.C., «La profesión militar», INAP, Madrid, 2000.
- CARRIÓN MOYANO, E., «El militar como funcionario público», Revista Española de Derecho Militar, 18 (1964) pp. 37-55.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., «Derecho Civil español, común y foral», t. I, «Introducción y parte general», 11ª ed., Madrid, 1975.
- FONTENLA BALLESTA, F. y OTROS, «Diccionario Militar Moderno», 2ª ed., Ministerio de Defensa-Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2006.
- PARADA VÁZQUEZ, R., «Derecho Administrativo II – Organización y empleo público», 19ª ed., Madrid, 2007.
- PEÑARRUBIA IZA, J.M., «Presupuestos constitucionales de la Función militar», Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- PIGNATELLI MECA, F., «Protección de las víctimas de la guerra en el ordenamiento penal español», en VV.AA. «Derecho Internacional Humanitario», coord. por RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO, J.L., 2ª ed., Valencia, 2007, pp. 855-907.
- VV.AA., «Manual de Derecho Disciplinario de la Guardia Civil», coord. por MARCHAL ESCALONA, A.N., Pamplona, 2008.
- VV.AA., «Operational Law Handbook», Judge Advocate General's Legal Center & School del Ejército de los EE. UU., Charlottesville, 2009.

2. EL CRIMEN DE AGRESIÓN EN EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: SITUACIÓN ACTUAL

*José María Sánchez Sánchez
Comandante Auditor*

SUMARIO: I. Introducción. II. La agresión antes del Estatuto de Roma: El Tribunal de Nuremberg y la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de Naciones Unidas. III. El crimen de agresión y su debate en el ámbito de la Corte Penal Internacional: Propuestas iniciales y estado actual del debate. Definición y elementos del crimen, condiciones para el ejercicio de la competencia y aceptación de la enmienda por el Estado agresor. IV. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Es conocida la problemática que se suscita con la inclusión del crimen de agresión entre aquellos que son competencia de la Corte Penal Internacional (CPI), debida a la peculiar consideración que de dicho crimen se efectúa en el Estatuto de Roma de la CPI, de 17 de julio de 1988.¹

Dice el artículo 5 del Estatuto de Roma:

«Crímenes de competencia de la Corte.

1.–La competencia de la Corte se limitara a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

- a) El crimen de genocidio;*
- b) Los crímenes de lesa humanidad;*

¹ El Estatuto es un Tratado internacional adoptado bajo los auspicios de las Naciones Unidas, cuyo Secretario General es el depositario, que consta de un Preámbulo y 128 artículos que recogen tanto los aspectos orgánicos y procesales de la CPI, como los principios y normas aplicables respecto al ámbito jurisdiccional y al Derecho penal sustantivo. El Estatuto entró en vigor el 1 de julio de 2002. La sesión inaugural de la CPI se celebró en La Haya el 11 de marzo de 2003. Actualmente han ratificado el Tratado 110 Estados.

- c) *Los crímenes de guerra;*
d) *El crimen de agresión.*

2.– *La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esta disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.»*

Como se puede apreciar, tal peculiar consideración reside en que, si bien la agresión ha sido incluida como crimen dentro de la jurisdicción de la CPI, lo cierto es que para que esa competencia se pueda ejercer de forma efectiva se requiere que los Estados Parte adopten un acuerdo en el que se determine, por un lado, cuál es la definición de agresión y, por otra, bajo qué condiciones la CPI puede ejercer su jurisdicción. Por tanto, como señala Escobar Hernández,² sólo tres de las cuatro categorías son realmente operativas, quedando excluida la agresión, de tal forma que los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de Roma comprenden las definiciones de las otras tres categorías de crímenes, es decir, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. En definitiva, la Corte sólo ejercerá su competencia sobre el crimen de agresión cuando, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 121 y 123 del Estatuto de Roma, se definan y se enuncien las condiciones en las cuales se ejercerá dicha competencia por la CPI.

Y, en este sentido, hay que señalar que el procedimiento establecido en los citados artículos 121 y 123 del Estatuto es muy exigente. De forma resumida, consiste en que, transcurridos siete años desde la entrada en vigor del Estatuto, esto es, a partir del día 1 de julio de 2009, el Secretario General de las Naciones Unidas (NU) convocará una conferencia de Estados Parte; en ella, las propuestas sobre el crimen de agresión deberán contar, a falta de consenso, con dos tercios de votos favorables; y, además, las propuestas aprobadas entrarán en vigor un año después de que siete octavos de los Estados Parte hayan depositado sus instrumentos de ratificación o de adhesión y, en principio, sólo entre ellos.

Todo ello no hace sino reflejar, en palabras de Pignatelli Meca,³ la imposibilidad que hubo en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de ponerse de acuerdo, y, a la vez, sirve de base al pesimismo de Remiro Brotons⁴ cuando, hablando de la definición del crimen y del enunciado de las condiciones en las cuales la CPI ejercerá competencia respecto de él, dice que «*eso no ocurrirá mañana y, tal vez, no ocurra jamás*».

Lógicamente, existen diferencias en el seno de la Comunidad Internacional a la hora de definir el crimen de agresión o de establecer el procedimiento para su de-

² ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (2000), El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en «Hacia una justicia internacional» (XXI Jornadas de Estudio, del 9 al 11 de junio de 1999, de la Abogacía General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado), Ministerio de Justicia, BSCH, Civitas, Madrid, pág. 505.

³ PIGNATELLI MECA, F. (2002), La Corte Penal Internacional, en Derecho Internacional Humanitario, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 547.

⁴ REMIRO BROTONS, A. (2005), Agresión, crimen de agresión, crimen sin castigo, Documento de Trabajo número 10 (junio), Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior (FRIDE), Madrid.

terminación. Algunas de estas diferencias se evidencian, precisamente, del examen de las posturas mantenidas por los Estados Parte cuando se aborda la cuestión de la agresión.

En las siguientes líneas trataremos de poner de relieve los principales puntos de fricción al respecto y cuál es la situación previa a la celebración de la Conferencia de Revisión que, finalmente, ha sido convocada para los días 31 de mayo al 11 de junio de 2010, en Kampala (Uganda).

2. LA AGRESIÓN ANTES DEL ESTATUTO DE ROMA

Como paso previo a centrar el problema del crimen de agresión en el ámbito de la CPI y del Estatuto de Roma, parece conveniente exponer brevemente cuál ha sido la regulación principal de la agresión, su evolución y las posibles definiciones que se han ido dando hasta la entrada en vigor del Estatuto.

Para ello, tomaremos como referencia los dos hitos que consideramos más importantes sobre la materia, y que son los que se refieren al Tribunal de Nuremberg y a la Resolución 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974, de la Asamblea General de las Naciones Unidas (AG).⁵

2.1. EL TRIBUNAL DE NUREMBERG

Constituido a la finalización de la II Guerra Mundial para juzgar los crímenes cometidos durante la contienda por el denominado «Eje Europeo», y con independencia de las posibles críticas que como consecuencia de su actuación haya recibido, especialmente por la inobservancia del principio de legalidad penal (*nullum crimen sine lege, nullam pena sine lege*) –principal argumento de la defensa de los imputados–, el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg merece ser destacado al haber calificado, por primera vez, a la guerra de agresión como crimen contra la paz, sancionándola penalmente. Concretamente, su artículo 6 dispone lo siguiente:

«El Tribunal establecido por el Acuerdo aludido en el Artículo 1 del presente para el enjuiciamiento y condena de los principales criminales de guerra del Eje Europeo estará facultado para juzgar y condenar a aquellas personas que, actuando en defensa de los intereses de los países del Eje Europeo, cometieron los delitos que constan a continuación, ya fuera individualmente o como miembros de organizaciones:

Cualesquiera de los actos que constan a continuación son crímenes que recaen bajo la competencia del Tribunal respecto de los cuales habrá responsabilidad personal:

(a) CRIMENES CONTRA LA PAZ: A saber, planificar, preparar, iniciar o librar guerras de agresión, o una guerra que constituya una violación de tratados,

⁵ Una mayor información sobre los antecedentes puede obtenerse en PIGNATELLI MECA, F. (2003), *El estatuto de la Corte Penal Internacional*, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid.

acuerdos o garantías internacionales, o participar en planes comunes o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriormente indicados [...]»

Además, en el mismo sentido, en la sentencia⁶ de dicho Tribunal de 30 de septiembre de 1946, entre otras cosas, se decía que «*desencadenar una guerra de agresión no es solamente un crimen internacional: es el crimen internacional supremo y sólo difiere de los otros crímenes de guerra en que contiene en sí mismo el mal acumulado de todos ellos.*»

Tal vez, con estos primeros antecedentes de especial relevancia,⁷ cabría pensar que no hubiera debido ser difícil alcanzar un acuerdo en la definición –y consecuente castigo– de este acto calificado unánimemente como crimen. Y, efectivamente, hubo un primer acuerdo generalizado que se plasmó en una Resolución emanada de la AG.

2.2. LA RESOLUCIÓN 3314 (XXIX) DE LA ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS

El otro gran hito a estos efectos en el ámbito internacional es la Resolución 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974,⁸ de la AG de NU.

⁶ El Estatuto y la sentencia de Nuremberg son Derecho vigente de conformidad con la Resolución 95 (I) de la AG, de 11 de diciembre de 1946, que confirmó los principios de Derecho internacional reconocidos en ambos documentos y así lo ratificó la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968. La citada Resolución dice lo siguiente:

«La Asamblea General,

Reconoce la obligación que tiene, de acuerdo con el inciso (a) del párrafo 1 del Artículo 13 de la Carta, de iniciar estudios y hacer recomendaciones con el propósito de estimular el desarrollo progresivo del Derecho Internacional y su codificación;

Toma nota del Acuerdo para el establecimiento de un Tribunal Militar Internacional encargado del juicio y castigo de los principales criminales de guerra del Eje europeo, firmado en Londres el 8 de agosto de 1945, y del Estatuto anexo al mismo, así como del hecho de que principios similares han sido adoptados en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el juicio de los principales criminales de guerra en el Lejano Oriente, promulgados en Tokio el 19 de enero de 1946;

Por lo tanto,

Confirma los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y las sentencias de dicho Tribunal;

Da instrucciones al Comité de codificación de Derecho Internacional, establecido por resolución de la Asamblea General del 11 de diciembre de 1946, para que trate como un asunto de importancia primordial, los planes para la formulación, en una codificación general de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, o de un Código Criminal Internacional, conteniendo los principios reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y en las sentencias de dicho Tribunal.

Quincuagésima quinta reunión plenaria,

11 de diciembre de 1946.»

⁷ A los que habría que añadir el principio de responsabilidad de Alemania y sus aliados por haber llevado acabo una «guerra no justa», estipulado en el Tratado de Versalles de 1919; o la prohibición del recurso a la guerra como instrumento de política nacional recogido en el Pacto Briand-Kellog de 1928.

⁸ La Resolución 3314 (XXIX) puede consultarse en la siguiente dirección electrónica:
<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/743/93/IMG/NR074393.pdf> (última consulta: día 24 de enero de 2010, 6:36 horas).

Esta Resolución estableció un concepto de agresión –considerado básico para futuras interpretaciones y definiciones–, que va a consistir en el 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 NU, aclarando la propia Resolución que cuando se habla de Estados, éstos pueden ser miembros o no de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y que puede tratarse de un solo Estado o de un grupo de Estados (artículo 1 del Anexo).

Para tratar de completar y facilitar la comprensión del artículo 1, en el artículo 3 se ofrece un catálogo de actos caracterizados como de agresión, a saber:

- a) la invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aun 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 en un Estado, que se encuentran 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; y
- g) el envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven 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.

Si bien hasta aquí pudiera hablarse de una meridiana claridad en los conceptos, pues contamos con una definición de la agresión y, además, con un listado de actos que se consideran como tal, lo cierto es que posteriormente esa claridad se relativiza con lo dispuesto en otras partes de la propia Resolución. Así, en el artículo 2 se indica que el primer uso de la fuerza armada por un Estado en contravención de la Carta constituirá prueba *prima facie* de un acto de agresión, aunque el Consejo de Seguridad de las NU (CS) puede concluir, de conformidad con la Carta, que la determinación de que se ha cometido un acto de agresión no estaría justificada a la luz de otras circunstancias pertinentes, incluido el hecho de que los actos de que se trata o sus consecuencias no son de suficiente gravedad. Por otro lado, en el artículo 4 se expone que la enumeración de los actos mencionados anteriormente no es exhaustiva y que el CS podrá determinar qué otros actos constituyen agresión, con arreglo a las disposiciones de la Carta. Y, además, finalmente, se dice que nada de lo anterior puede afectar en forma alguna el derecho a la libre determinación, la libertad y la independencia, tal y como

surge de la Carta, de pueblos privados por la fuerza de ese derecho, en particular los pueblos que están bajo regímenes coloniales y racistas u otras formas de dominación extranjera. Por tanto –y es lo que interesa destacar en este momento–, ya emerge de forma importante la figura del CS como elemento esencial en la posible configuración o definición de la agresión, ya que la Resolución le otorga la potestad de concluir que un hecho no es un acto de agresión y, a la inversa, de determinar la existencia de otros actos de agresión que no aparecen relacionados en la Resolución 3314 (XXIX).

No consideramos baladí lo anteriormente expuesto respecto de la Resolución 3314(XXIX) ya que a ella se ha tenido que acudir en diversas ocasiones al estudiar asuntos relacionados con la agresión y otros con los que tiene una importante conexión. Por ejemplo, ha sido muy debatida a la hora de hablar de la legítima defensa en el ámbito internacional, porque cuando se habla de legítima defensa es inevitable introducir el concepto de *agresor* enfrentado al que se ampara en la legítima defensa. En este sentido, Casanovas y la Rosa⁹ señala que según el Derecho internacional consuetudinario, la legítima defensa del Estado agredido debe ser una respuesta inmediata, necesaria y proporcional al ataque (habrá que entender, *prima facie*, a la agresión). No obstante, véase lo que dice el artículo 51 de la Carta de las NU, cuando consagra el principio de la prohibición del uso de la fuerza, y paralelamente incluye la excepción de que los Estados pueden recurrir a ella en legítima defensa:

«Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.»

El derecho de legítima defensa está reconocido en el artículo 51 si hay un ataque armado. La determinación de la noción de ataque armado es, pues, una cuestión clave. Y cabe preguntarse, por tanto, si el *ataque armado* del artículo 51 coincide o puede ser incluido entre los supuestos de agresión de la Resolución 3314 (XXIX) de la AG. Parece que sí; sin embargo, ya se ha visto que el artículo 2 de la Resolución admite lo que algunos autores llaman la *legítima defensa preventiva*,¹⁰ pues se reconoce que en algunos casos el primer uso de la fuerza no es un acto de agresión.

Por otro lado –y también es trascendente–, lo cierto es que la cuestión –ampliamente debatida– de si se ha cometido un acto de agresión queda en manos del CS, de forma exclusiva para Pignatelli Meca,¹¹ no sólo por lo dispuesto en el artículo 4 de la propia Resolución 3314 (XXIX), sino, también, y especialmente, por lo que dispone

⁹ CASANOVAS Y LA ROSA, O. (2004), El principio de la prohibición del uso de la fuerza, en Manuel Díez de Velasco, Instituciones de Derecho Internacional Público, Tecnos, Madrid, pág. 916.

¹⁰ *Ibidem*, pág. 918.

¹¹ PIGNATELLI MECA, F., *ob. cit.*, pág. 547.

el artículo 39 de la Carta de las NU, que se transcribe a continuación, lo que no es la mejor forma de garantizar una unidad de criterio habida cuenta del sistema de funcionamiento de dicho órgano, con el derecho de veto, y de su alto grado de politización.

Dice el artículo 39 de la Carta:

«El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.»

En relación con todo lo anterior, y siguiendo a Cardona LLOrens,¹² se ha de señalar que, en la práctica, lo que se ha discutido es el valor jurídico de la calificación que pueda realizar el CS en el sentido de plantear, de una parte, si para que un acto pueda ser considerado jurídicamente como agresión ante cualquier instancia, incluso judicial, es necesaria la previa calificación por el CS y, de otra parte, si un acto calificado por el CS como agresión vincula a cualquier otra instancia. Como nos indica el citado autor, esta postura pareció ser rechazada por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el *Asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*¹³ al afirmar que *«el CS tiene unas atribuciones políticas; el Tribunal ejerce unas funciones puramente judiciales; los dos órganos pueden, pues, ejercer sus funciones distintas pero complementarias en relación a los mismos hechos.»*

Esta frase puede hacer pensar que la CIJ¹⁴ se reserva el poder de calificar también jurídicamente un acto como agresión en el marco del ejercicio de sus competencias, con independencia de las atribuciones políticas del CS. Sin embargo, la Comisión de Derecho Internacional (CDI)¹⁵ pareció mantener una postura diferente en sus proyectos de artículos sobre el Estatuto de la CPI y de un Código de Crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad, y de los que una lectura combinada hacía concluir que la exigencia de responsabilidad individual por haber realizado un crimen de agresión debía exigir la previa calificación por el CS, debiendo abstenerse de actuar en caso contrario la CPI, que carecería de jurisdicción para determinar la existencia de un crimen de agresión. No obstante, la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas celebrada en Roma y que aprobó definitivamente el Estatuto de la CPI en 1998 no aceptó esta propuesta de la CDI, aunque tampoco llegó a un

¹² CARDONA LLORENS, J. (2003), El mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, en Manuel Díez de Velasco, Las Organizaciones Internacionales, Tecnos, Madrid, págs. 223 y ss.

¹³ La Sentencia de 27 de junio de 1986 dictada por la Corte Internacional de Justicia en el *Asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* puede encontrarse en la siguiente página web:

<http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf> (última consulta: día 24 de enero de 2010, 7:04 horas).

¹⁴ Otras manifestaciones de la CIJ en relación con el crimen de agresión pueden consultarse en el documento PCNICC/2002/WGCA/L.1, de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, «Examen histórico de la evolución en materia de agresión», páginas 197 y ss. Puede consultarse en la siguiente página web:

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N01/709/66/PDF/N0170966.pdf> (última consulta: día 24 de enero de 2010, 7:13 horas).

¹⁵ La Comisión de Derecho Internacional fue establecida por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1947 para promover el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación.

acuerdo sobre esta cuestión, aprobando finalmente el texto del artículo 5.2 del Estatuto, ya visto, y que lleva a la conclusión de la necesidad de esperar a que se apruebe la correspondiente disposición para conocer la solución dada definitivamente a esta cuestión. Como se verá a continuación, este es uno de campos más discutidos en los debates que se están llevando a cabo en el seno del Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión.

Sobre esta cuestión merece destacarse la postura de Remiro Brotons¹⁶ cuando señala que *«es absolutamente impropio sostener la competencia exclusiva del Consejo de Seguridad en la calificación de la agresión previa a la persecución judicial del crimen, arguyendo que no hay otra solución conforme con el Estatuto de la Corte Penal»* ya que, de lo contrario, se arruinarían prácticamente las oportunidades de persecución del crimen. Y todo ello sin olvidar que ya el propio Estatuto en vigor reconoce al CS algunos poderes formidables, como el que le faculta para pedir (realmente, ordenar) a la CPI, mediante resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta, la suspensión por doce meses, renovable, de una investigación o un enjuiciamiento. Recordemos –nos dice Remiro Brotons– que esta facultad –tan criticada por la dependencia política que impone a la CPI– ya ha sido utilizada de manera abusiva por el CS.

3. EL CRIMEN DE AGRESIÓN Y SU DEBATE EN EL ÁMBITO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Como señala Gómez Robledo,¹⁷ en las negociaciones de la Conferencia de Roma el debate sobre el crimen de agresión fue áspero y complejo, pero era imposible excluirlo de la competencia de la CPI, pues como aducía la mayoría, ¿cómo podría ser concebible juzgar a individuos por crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, y paralelamente acordarles una impunidad a los artífices del conflicto donde precisamente se habían cometido tales crímenes? Por ello, su inserción dentro de los crímenes de competencia de la CPI sería finalmente aceptada, aunque todavía su jurisdicción no fuese efectiva.

En el mismo sentido se pronuncia Remiro Brotons¹⁸ cuando señala que *«habida cuenta de los precedentes y de los objetivos del Estatuto habría sido incongruente e insoportable para la credibilidad de la Corte la exclusión del crimen supremo, más aún cuando su persecución ante jurisdicciones estatales se presenta mucho más problemática. Una exclusión sería involutiva, retrógrada, había alegado en 1994 la Comisión de Derecho Internacional. En la Conferencia de Roma, Bélgica subrayó la ilógica de quienes aceptaban que la Corte enjuiciase a los responsables de crímenes de guerra, pero no a los del crimen que, a menudo, los provocaba.»*

¹⁶ REMIRO BROTONS, A. ob cit.

¹⁷ GÓMEZ ROBLEDOS, A. (2003), Notas sobre el principio de complementariedad y el crimen de agresión en el marco de la Corte Penal Internacional, en Proyectos legislativos y otros temas penales» (Segundas Jornadas sobre Justicia Penal), Universidad Nacional Autónoma de México, México, pág. 310.

¹⁸ REMIRO BROTONS, A. ob cit.

Por tanto, una vez incluido el crimen de agresión en el Estatuto de Roma, en las condiciones ya vistas, y con los antecedentes problemáticos apuntados, en el año 2002 se constituyó en el ámbito de la Asamblea de los Estados Parte el Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión, con el propósito de elaborar propuestas relativas a una disposición sobre la agresión de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.2 del Estatuto de Roma, que deberían ser propuestas a la Asamblea de los Estados Parte en una futura conferencia de revisión. Dicho Grupo de Trabajo ha culminado su actividad en febrero de 2009, y a ella nos referiremos a continuación.¹⁹

3.1. LA PROPUESTA DEL COORDINADOR DEL GRUPO DE TRABAJO

Como era de prever, habida cuenta de todo lo anterior, los trabajos sobre el crimen de agresión en el seno de la CPI se han demostrado arduos y complicados. A los efectos de exponer las grandes líneas sobre las que ha versado el debate, tomaremos como punto de partida el documento preparado por el Coordinador del Grupo de trabajo sobre el crimen de agresión,²⁰ que data del año 2002 y que versa sobre la definición del crimen, las condiciones para el ejercicio de la competencia y los elementos del crimen.

3.1.A. Definición del crimen

En este punto, el Coordinador introduce –lógicamente– la definición del crimen cuando es cometido por un individuo. Así, propone que el crimen de agresión lo cometa una persona cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, esa persona intencionalmente y a sabiendas ordena o participa activamente en la planificación, preparación, iniciación o realización de un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las NU. Se cita a título de ejemplo una guerra de agresión o un acto que tenga por objetivo o por resultado establecer una ocupación militar de la totalidad o parte del territorio de otro Estado o anexionar la totalidad o parte del territorio de otro Estado.

En lo referente a la posible comisión del crimen por parte del Estado, el Coordinador se remite a la Resolución con intervención del CS, proponiendo que por acto de agresión se entienda un acto comprendido en la Resolución 3314 (XXIX) que haya

¹⁹ A los efectos de tener una visión más amplia sobre esta materia, puede consultarse también el documento preparado por la Secretaría de la Comisión Preparatoria de la CPI-Grupo de Trabajo sobre el crimen de agresión, llamado «Examen histórico de la evolución en materia de agresión», referenciado en la nota a pie de página número 14.

²⁰ Este documento, llamado formalmente «Documento de debate sobre la definición y los elementos del crimen de agresión, preparado por el Coordinador del grupo de trabajo sobre el crimen de agresión en la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional», figura como Anexo II (páginas 246 a 248) a la recopilación de Documentos oficiales del segundo período de sesiones de la Asamblea de los Estados Partes (referenciada como ICC-ASP/2/10), y que puede encontrarse en la siguiente dirección electrónica:
<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/531/86/PDF/N0353186.pdf> (última consulta: día 24 de enero de 2010, 7:35 horas).

sido cometido por el Estado de que se trate según un pronunciamiento previo del CS [o, simplemente, según un pronunciamiento previo de conformidad con los párrafos 4 y 5 de la Resolución 3314 (XXIX)].

3.1.B. Condiciones para el ejercicio de la competencia

Por lo que a este aspecto se refiere, la propuesta del Coordinador del Grupo de Trabajo Especial consiste en que no se aplique lo dispuesto en el artículo 25.3 del Estatuto de Roma, esto es, que no se castiguen otras formas de participación que no sean la autoría directa, ni tampoco lo dispuesto en los artículos 28 y 33, es decir, lo relativo a la responsabilidad del jefe militar por los actos de sus subordinados bajo su mando y control y la exención de responsabilidad por la obediencia debida.

Además, propone que cuando el Fiscal tenga la intención de iniciar una investigación sobre un crimen de agresión, la CPI verifique en primer lugar si el CS ha determinado la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trate. De no existir un pronunciamiento del CS, la CPI notificará al CS la situación que se le ha presentado, a fin de que el CS pueda adoptar las medidas pertinentes, con arreglo, ya en general a la Carta de las NU o, ya en particular al artículo 39 de la Carta de las NU. Si el CS no se pronunciase sobre la existencia de un acto de agresión por un Estado, se proponen varias alternativas, en esencia:

- que la CPI pueda sustanciar la causa;
- que la CPI haya de sobreseer las actuaciones;
- que la CPI pueda sustanciar la causa, pero sólo después de haber solicitado a la AG que haga una recomendación en plazo (12 meses), y la AG no la haga;
- que la CPI pueda sustanciar la causa si ha existido una opinión consultiva previa de la CIJ en el que se determine que ha existido un acto de agresión. Para pedir opinión a la CIJ se propone que lo haga la AG, o que lo haga el CS, actuando con el voto a favor de nueve miembros.

3.1.C. Elementos del crimen

En este caso, además de las condiciones generales establecidas en el artículo 12 del Estatuto de Roma²¹, como condición previa específica se propone que un órgano apropiado haya determinado la existencia del acto de agresión y, además:

²¹ Dispone dicho precepto:

«Artículo 12. Condiciones previas para el ejercicio de la competencia.

1. El Estado que pase a ser Parte en el presente Estatuto acepta por ello la competencia de la Corte respecto a los crímenes a que se refiere el artículo 5.

2. En el caso de los apartados a) o c) del artículo 13, la Corte podrá ejercer su competencia si uno o varios de los Estados siguientes son Partes en el presente Estatuto o han aceptado la competencia de la Corte de conformidad con el párrafo 3:

a) El Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate, o si el crimen se hubiere cometido a bordo de un buque o de una aeronave, el Estado de matrícula del buque o la aeronave;

b) El Estado del que sea nacional el acusado del crimen.

- que el autor estuviera en condiciones de controlar o dirigir la acción política o militar de un Estado que cometió un acto de agresión, y estuviera en esas condiciones a sabiendas;
- que el autor ordenase o participase activamente en la planificación, preparación o realización del acto de agresión, y lo hiciese con intención y conocimiento;
- Que un *acto de agresión*, es decir, un acto al que se hace referencia en la Resolución 3314 (XXIX) de la AG, fuese cometido por un Estado; y
- que el autor supiese, y tuviese intención y conocimiento respecto de ello, que las acciones del Estado equivalían a un acto de agresión que, por su carácter gravedad y escala, constituyese una violación manifiesta de la Carta de las NU.

3.2. SITUACIÓN ACTUAL DEL DEBATE

Sobre la anterior base, se han producido diversos encuentros del Grupo de Trabajo Especial, ya durante los períodos de sesiones, ya entre períodos, y tanto con carácter oficial como oficioso, que han culminado en la Reunión oficiosa entre períodos de sesiones sobre el crimen de agresión, acogida por el Instituto de Liechtenstein sobre la Libre Determinación, Woodrow Wilson School, en el Club Princenton, Nueva York, del 8 al 10 de junio de 2009.²² En dicha reunión,²³ se tuvo especialmente en cuenta el Informe del Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión, elaborado tras sus reuniones durante el séptimo período de sesiones (del 9 al 13 de febrero de 2009), así como dos documentos oficiosos presentados por el Presidente el 28 de mayo de 2009, uno sobre los elementos del crimen de agresión²⁴ y otro sobre las condiciones para el ejercicio de la competencia.²⁵

3.2.A. Definición y elementos del crimen

La última propuesta mantiene la definición inicial, salvo en lo referente a excluir de la definición del crimen lo relativo a la intencionalidad, al conocimiento y al hecho

3. Si la aceptación de un Estado que no sea Parte en el presente Estatuto fuere necesaria de conformidad con el párrafo 2, dicho Estado podrá, mediante declaración depositada en poder del secretario, consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate. El Estado aceptante cooperará con la Corte sin demora ni excepción de conformidad con la Parte IX.»

²² En principio, no está previsto que se aborde esta cuestión en el octavo período de sesiones, que se en su primera parte se celebró del 18 al 26 de noviembre de 2009 y continuará del 22 al 25 de marzo de 2010.

²³ El documento sobre la reunión, referenciado ICC-ASP/8/INF.2, puede consultarse en la siguiente dirección electrónica:

<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/39B127C3-71FC-4703-9690-15796BEB76C1/0/ICCASP8INF2SPA.pdf> (última consulta: día 24 de enero de 2010, 8:25 horas).

²⁴ El documento puede ser consultado en la siguiente dirección electrónica:

http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/SWGCA/Non-paper-Elements-of-the-CoA-28May2009-SPA.pdf (última consulta: día 24 de enero, 8:28 horas).

²⁵ El documento puede ser consultado en la siguiente dirección electrónica:

http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/SWGCA/Non-paper-conditions-jurisdiction-28May2009-SPA.pdf (última consulta: día 24 de enero, 8:32 horas).

de ordenar un acto de agresión. Se considera que el elemento de intencionalidad queda suficientemente garantizado con la regulación que, con carácter general, se plasma en el artículo 30 del Estatuto, el cual dispone que, salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento.

En cuanto a la cuestión del liderazgo (el hecho de ordenar) se considera que es de aplicación el artículo 25.3, que determina la responsabilidad por autoría mediata, por inducción, y establece la responsabilidad de cómplices y encubridores, y que señala que será penalmente responsable, entre otros, quien ordene, proponga o induzca la comisión de un crimen competencia de la CPI. No obstante, se entiende que se ha de incluir una disposición específica para el supuesto del crimen de agresión, incluyendo un párrafo (artículo 25.3.bis) en el que se aclare que por lo que respecta al crimen de agresión, las disposiciones de dicho artículo 25 sólo se aplicarán a las personas en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado. De esta forma, queda patente que se trata de un crimen ordenado y que quedan excluidos de la responsabilidad los participantes que no pueden influir en la política de llevar a cabo el crimen, como los soldados que obedecen órdenes.

Por las mismas razones, otro punto de conflicto se centró en la posibilidad de suprimir de la definición del crimen las palabras *planificación, preparación, iniciación y ejecución*, si bien finalmente se consideró que ello implicaría apartarse considerablemente de la conexión que el texto inicial del Coordinador había mantenido con los principios de Nuremberg.²⁶

²⁶ Aprobados por la Comisión de Derecho Internacional en 1950 y presentados a la Asamblea General, a petición de ésta. El Principio VI está reproducido en el documento PCNICC/2000/WGCA/INF/1 que se distribuyó al Grupo de trabajo sobre el crimen de agresión en el quinto período de sesiones de la Comisión preparatoria, celebrado del 12 al 30 de junio de 2000.

PRINCIPIO I.– Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción.

PRINCIPIO II.– El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido.

PRINCIPIO III.– El hecho de que la persona que haya cometido un acto que constituya delito de derecho internacional haya actuado como Jefe de Estado o como autoridad del Estado, no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional.

PRINCIPIO IV.– El hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un superior jerárquico no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional, si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción.

PRINCIPIO V.– Toda persona acusada de un delito de derecho internacional tiene derecho a un juicio imparcial sobre los hechos y sobre el derecho.

PRINCIPIO VI.– Los delitos enunciados a continuación son punibles como delitos de derecho internacional:

a. Delitos contra la paz:

i) Planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales;
ii) Participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos mencionados en el inciso i).

b. Delitos de guerra:

Las violaciones de las leyes o usos de la guerra, que comprenden, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, el maltrato, o la deportación para trabajar en condiciones de esclavitud.

Parece que existe un cierto consenso en la definición de acto de agresión como el 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 Naciones Unidas.

Por otro lado, en esta labor de definir el crimen de agresión, se prefiere la inclusión expresa de los supuestos contenidos en la Resolución 3314 (XXIX) para establecer qué se consideran actos de agresión, y ello con independencia de que haya o no declaración de guerra.

3.2.B. Condiciones para el ejercicio de la competencia

Además de las condiciones generales previas para el ejercicio de la competencia establecidas en el artículo 12 del Estatuto de Roma,²⁷ se propone la introducción de un artículo 15.bis) que recoja la referencia expresa a la aplicación del artículo 13 del Estatuto,²⁸ pero con la matización de que cuando el Fiscal concluya que existe funda-

vitudo o con cualquier otro propósito, de la población civil de territorios ocupados o que en ellos se encuentre, el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o de personas que se hallen en el mar, la ejecución de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificable de ciudades, villas o aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares.

c. Delitos contra la humanidad:

El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra, o en relación con él.

PRINCIPIO VII.— La complicidad en la comisión de un delito contra la paz, de un delito de guerra o de un delito contra la humanidad, de los enunciados en el Principio VI, constituye asimismo delito de derecho internacional.

²⁷ Dispone dicho precepto:

«Artículo 12. Condiciones previas para el ejercicio de la competencia.

1. El Estado que pase a ser Parte en el presente Estatuto acepta por ello la competencia de la Corte respecto a los crímenes a que se refiere el artículo 5.

2. En el caso de los apartados a) o c) del artículo 13, la Corte podrá ejercer su competencia si uno o varios de los Estados siguientes son Partes en el presente Estatuto o han aceptado la competencia de la Corte de conformidad con el párrafo 3:

- a) El Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate, o si el crimen se hubiere cometido a bordo de un buque o de una aeronave, el Estado de matrícula del buque o la aeronave;
- b) El Estado del que sea nacional el acusado del crimen.

3. Si la aceptación de un Estado que no sea Parte en el presente Estatuto fuere necesaria de conformidad con el párrafo 2, dicho Estado podrá, mediante declaración depositada en poder del secretario, consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate. El Estado aceptante cooperará con la Corte sin demora ni excepción de conformidad con la Parte IX.»

²⁸ El artículo 13 dispone:

«Artículo 13. Ejercicio de la competencia.

1. La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si:

a) Un Estado Parte remite al Fiscal, de conformidad con el artículo 14, una situación en que parezca haberse cometido uno o varios crímenes.

b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; o

mento razonable para iniciar una investigación sobre un crimen de agresión, verifique primeramente si el CS ha determinado la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trate. Si el CS ha hecho tal determinación, el Fiscal podrá iniciar la investigación.

Los problemas surgen en el supuesto de que no exista tal pronunciamiento del CS. En este caso el debate es arduo y se plasma en las diferentes soluciones propuestas y debatidas:

- a) Por un lado, se plantea que, o bien que el Fiscal no pueda iniciar la investigación, o bien que la pueda iniciar pero sólo si se lo pide el CS mediante un Resolución al amparo del Capítulo VII de la Carta de UN.
- b) Por otro lado, se plantea la introducción de un límite temporal, de forma que la pueda iniciar transcurridos seis meses desde la notificación a UN por parte del Fiscal de la documentación y antecedentes pertinentes. Como variantes de esta propuesta están la de que la pueda iniciar cuando, además, o bien la Sala de Cuestiones Preliminares haya autorizado el inicio de la investigación, o bien la AG o bien la CIJ hayan determinado la existencia de un acto de agresión.

Por tanto, sigue sin haber acuerdo en cuanto a cuál debe ser el órgano que lleve a cabo tal determinación, existiendo dos posturas encontradas, una a favor de que sea exclusivamente el CS y otra favorable a que la determinación del crimen de agresión la puedan efectuar otros órganos como la CIJ, la AG o la Asamblea de los Estados Parte.

Los argumentos esgrimidos en defensa de dar la competencia en exclusiva al CS se pueden sistematizar de la siguiente forma:

- La propia Carta de las NU, con arreglo a cuyo artículo 39 el CS tiene la competencia exclusiva de determinar «*la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión*» y de decidir las medidas adecuadas para restablecer la paz y la seguridad internacionales; y esta competencia exclusiva debe respetarse en las disposiciones sobre el crimen de agresión. Esta postura es la mantenida por Pignatelli Meca.²⁹
- Esta determinación no la puede efectuar ningún otro órgano como la AG o la CIJ, puesto que sólo el CS puede efectuar decisiones vinculantes sobre la existencia de actos de agresión; en particular, se afirma que conferir esa competencia a la CIJ socavaría el equilibrio de la Carta y sería incompatible con el Estatuto de Roma.

Como argumentos en contra de tal posibilidad se expusieron los que se citan a continuación:

- Que esa condición previa (es decir, que el CS predeterminase la existencia de un acto de agresión antes de que la CPI pueda ejercer su jurisdicción) puede socavar la elaboración de una definición autónoma del crimen de agresión, particularmente cuando fuera un órgano orientado por consideraciones políticas

c) El Fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de ese tipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.

²⁹ Véase nota a pie de página número 11.

- más que jurídicas el que efectuara esa determinación; hay una firme preferencia para que esa determinación la efectúe un órgano judicial.
- Si se concediera que debe haber una predeterminación por otro órgano, no habría ninguna disposición en el Derecho internacional vigente que diera al CS el derecho exclusivo de efectuar esa determinación.
 - El párrafo 2 del artículo 5 del Estatuto de Roma no hace referencia al artículo 39 de la Carta de las UN; como mucho, confiere una competencia primaria (no exclusiva) al CS, limitándose dicho artículo a determinar si un acto de agresión se ha efectuado a los efectos de adoptar medidas y de mantener la paz y seguridad y no con el fin de autorizar una acción judicial.
 - La AG pudo adoptar la Resolución 3314 (XXIX) a pesar del citado artículo 39; existe la Resolución «Unidos para la Paz», de la AG,³⁰ y consta la práctica posterior de la AG de decidir que se había producido agresión en algunos casos particulares.
 - Por tanto, para esta corriente de opinión, el ejercicio de jurisdicción por la CPI no debiera estar vinculado a la determinación por el CS ni restringido por sus consideraciones, salvo en las circunstancias previstas por el artículo 16 del Estatuto de Roma.³¹
 - La inquietud con respecto a la competencia exclusiva se basa también en el hecho de que los miembros permanentes del CS pueden vetar una determinación propuesta de que se haya producido un acto de agresión y bloquear, en consecuencia, la investigación y el procesamiento penales.
 - Como la agresión es un crimen ordenado, se puede poner en peligro el principio de que todos los acusados dispongan de medios legales similares, independientemente de su nacionalidad.
 - En el caso de que se interprete el artículo 39 de la Carta de las NU en el sentido de otorgar al CS la competencia exclusiva en cuanto a la determinación de la existencia del crimen de agresión, si, por alguna razón, el CS no pudiera realizar tal determinación, la CPI quedaría en estado de parálisis dado que no podría proceder a falta de una determinación previa del CS.
 - Todo esto socavaría la eficacia e independencia de la CPI, recordándose que, con base en el artículo 5 del Estatuto de Roma, la CPI ya tiene jurisdicción sobre el crimen de agresión, razón por la cual el Fiscal ostenta competencia para acudir al CS o a cualquier otro órgano competente con respecto a esta cuestión o de proseguir la investigación, dejando a salvo lo dispuesto en el artículo 16

³⁰ Es la Resolución 377(V) – «Unión pro paz». En ella, la AG resolvió que si el CS, por falta de unanimidad entre sus miembros permanentes, dejaba de cumplir con su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales en todo caso en que resulte haber una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, la AG examinaría inmediatamente el asunto, con miras a dirigir a los miembros recomendaciones apropiadas para la adopción de medidas colectivas, inclusive, en caso de quebrantamiento de la paz o acto de agresión, el uso de fuerzas armadas cuando fuere necesario, a fin de mantener o restaurar la paz y la seguridad internacionales.

³¹ El artículo 16 del Estatuto permite que la CPI suspenda la investigación o el enjuiciamiento en el caso de que el CS, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las NU, pida a la CPI que no inicie o que suspenda por un plazo de doce meses (renovable en las mismas condiciones) la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado.

del Estatuto, el cual le quedaría siempre abierto al CS para invocarlo en relación con una determinación de un acto de agresión.

Sí parece haber consenso en que la determinación de que hubo un acto de agresión hecha por un órgano ajeno a la Corte no irá en perjuicio de la determinación por la Corte de que hubo un acto de agresión en virtud del Estatuto.

3.2.C. Aceptación de la enmienda por los Estados Parte.

Existen serias discrepancias en torno a la cuestión de que si un Estado no acepta la enmienda en materia de agresión, puede o no ejercer la CPI su competencia. Existen diversas posturas al respecto que van desde la que mantiene que para que la Corte ejerza su competencia es suficiente con que el Estado agresor hubiera ratificado inicialmente el Tratado y, en consecuencia, el artículo 5, hasta los que mantienen que se requiere que tanto Estado agresor como agredido hayan aceptado la enmienda que surja de la Conferencia de Revisión.

4. CONCLUSIONES

1. Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en artículos 121 y 123 del Estatuto, en tanto en cuanto que, una vez transcurridos siete años desde la entrada en vigor del Estatuto, esto es, a partir del día 1 de julio de 2009, el Secretario General de las Naciones Unidas (NU) ha convocado una Conferencia de Revisión de los Estados Parte para examinar las enmiendas que se presenten al Estatuto, entre las cuales estarán la referentes al crimen de agresión, tal y como se requiere a tenor del artículo 5 del Estatuto. Dicha Conferencia tendrá lugar en Kampala (Uganda), del 31 de mayo al 11 de junio de 2010.
2. En el seno de la Asamblea de los Estados Partes se ha creado un Grupo de Trabajo sobre el crimen de agresión, que ha venido debatiendo y formulando propuestas al respecto.
3. Parece que se ha llegado a un cierto consenso en cuanto a la definición del crimen, que será cometido por el individuo, y en lo referente a la concreción del *acto de agresión*, con la inclusión en el Estatuto de los actos calificados como tal en la Resolución 3314 (XXIX) de la AG de UN.
4. En cambio, existe cierta conflictividad en cuanto a los requisitos para el ejercicio de la competencia, especialmente sobre el papel del CS en la persecución del crimen de agresión. Existen dos grandes posturas que influyen en la posibilidad de que la CPI ejerza su competencia sobre el crimen de agresión: por un lado, están los que entienden que esta competencia debe ejercerse sin necesidad de intervención del CS, con base en el ejercicio independiente de la función judicial; por otro, quienes sostienen, amparándose en aplastantes argumentos legales, que el ejercicio de la competencia depende inexcusablemente de la previa calificación de los hechos por el CS. En un terreno intermedio se manifiestan otras posturas sobre si es necesario o no que califique algún organismo –aparte, o en vez del CS– y se discute sobre cuál sería el valor de

esa calificación previa, es decir, si vincula o no a los jueces de la CPI. En este punto no parece haberse avanzado lo suficiente. Se han concretado los problemas, pero no se han perfilado todas las soluciones. La posibilidad de que el CS pierda el poder que supone calificar o no ciertos actos como agresión es un elemento que se antoja insuperable. Y la ausencia entre los Estados Parte de Estados Unidos, China y Rusia no favorece la situación. Si quedara en quedara en manos del CS la decisión de que exista o no crimen de agresión, la competencia de la CPI sobre este crimen quedaría bastante desvirtuada.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

- CARDONA LLORENS, J. (2003), El mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, en Manuel Díez de Velasco, Las Organizaciones Internacionales, Tecnos, Madrid.
- CASANOVAS Y LA ROSA, O. (2004), El principio de la prohibición del uso de la fuerza, en Manuel Díez de Velasco, Instituciones de Derecho Internacional Público, Tecnos, Madrid.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (2000), El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en Hacia una justicia internacional (XXI Jornadas de Estudio, 9 al 11 de junio de 1999, de la Abogacía General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado), Ministerio de Justicia, BSCH, Civitas, Madrid.
- GÓMEZ ROBLEDO, A. (2003), Notas sobre el principio de complementariedad y el crimen de agresión en el marco de la Corte Penal Internacional, en Proyectos legislativos y otros temas penales (Segundas Jornadas sobre Justicia Penal), Universidad Nacional Autónoma de México, México.
- PIGNATELLI MECA, F. (2002), La Corte Penal Internacional, en Derecho Internacional Humanitario, Tirant lo Blanch, Valencia.
- PIGNATELLI MECA, F. (2003), El Estatuto de la Corte Penal Internacional, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid.
- REMIRO BROTONS, A. (2005), Agresión, crimen de agresión, crimen sin castigo, Documento de Trabajo número 10 (junio), Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior (FRIDE), Madrid.

DIRECCIONES DE INTERNET.

Se ofrece a continuación un listado de direcciones electrónicas de interés por su contenido en relación con el presente trabajo.

<http://www.fride.org>
(Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior)

<http://www.icc-cpi.int>
(Corte Penal Internacional).

<http://www.icj-cij.org>
(Corte Internacional de Justicia).

<http://www.icrc.org>
(Comité Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja).

<http://www.un.org>
(Naciones Unidas).

LISTADO DE ACRÓNIMOS.

- AG Asamblea General de las Naciones Unidas.
- CDI Comisión de Derecho Internacional.
- CIJ Corte Internacional de Justicia.
- CPI Corte Penal Internacional.
- CS Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.
- UN Naciones Unidas.
- ONU Organización de las Naciones Unidas.

3. LA PROTECCIÓN DEL RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y LA LACTANCIA EN EL ÁMBITO MILITAR.

*Isabel María Romero Lucas
Capitán Auditor*

SUMARIO: I. Introducción. II. La protección de la trabajadora embarazada y en periodo de lactancia. III. Tratamiento del riesgo durante el embarazo y la lactancia en el empleo público. III. La protección del riesgo durante el embarazo y la lactancia en el ámbito militar. IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN.

Nuestra Constitución, como todas las Constituciones modernas, contempla el derecho fundamental a la vida y a la integridad física (artículo 15 CE), así como el derecho a la salud (artículo 43 CE), y encomienda a los poderes públicos, como uno de los principios rectores de la política social y económica, velar por la seguridad e higiene en el trabajo (artículo 40.2 CE), lo que constituye un claro mandato de desplegar, en el peculiar ámbito de las relaciones laborales, una actividad suplementaria de protección de la salud de los ciudadanos.

Por su parte, la Unión Europea ha mostrado su preocupación por la mejora de las condiciones de trabajo, y por ende, por el estudio y tratamiento de la prevención de los riesgos derivados del trabajo. Buena prueba de ello es el Acta Única Europea que obliga a los Estados miembros a elaborar disposiciones para la protección de la salud de los trabajadores y la mejora del ambiente de trabajo (artículo 118, A). Este objetivo se ha visto reforzado en el Tratado de la Unión Europea mediante el procedimiento que en el mismo se contempla para la adopción, a través de Directivas, de disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente. Asimismo, el Convenio 155 de la OIT, sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo, insta a los Gobiernos a formular políticas de prevención de los riesgos laborales.

Como consecuencia de todo ello en el ámbito europeo se ha ido creando un acervo jurídico sobre protección de la salud de los trabajadores, cuya norma mas

significativa es la Directiva-Marco 89/391/CEE, del Consejo, de 12 de junio de 1989, sobre medidas para promover la mejora de los trabajadores en el lugar de trabajo, que contiene el marco jurídico general en el que opera la política de prevención comunitaria. Esta Directiva incluye en su ámbito de aplicación a todos los sectores de actividades públicas y privadas, excepto cuando se opongan a ello de manera concluyente las particularidades inherentes a determinadas actividades específicas de la función pública como, por ejemplo ocurre con las Fuerzas Armadas. Ahora bien, también declara que aún en estos casos, será preciso velar para que la seguridad y la salud de los trabajadores queden aseguradas en la medida de lo posible, habida cuenta de los objetivos que esta norma persigue.

De la Directiva 89/391/CEE, han derivado otras Directivas, entre las que destaca la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia.

La transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 92/85/CEE, se produce por la **Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL)**, al tiempo que incorpora disposiciones de otras Directivas cuya materia exige o aconseja la transposición en una norma de rango legal, como son la Directiva 92/85/CEE, 94/33/CEE y 91/383/CEE, relativas a la protección de la maternidad y de los jóvenes y al tratamiento de las relaciones de trabajo temporales, de duración determinada y en empresas de trabajo temporal.

Esta Ley constituye el marco general en que han desarrollarse las distintas acciones preventivas en coherencia con lo establecido por la Unión Europea, y tiene vocación universal, al aplicarse no solo en el ámbito laboral, sino también en el ámbito de las Administraciones Públicas, como reconoce en su Exposición de Motivos.

II. LA PROTECCIÓN DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA O EN PERIODO DE LACTANCIA

Los cambios producidos en los últimos años en el ámbito laboral y en la sociedad en general, han traído consigo una evolución en la propia definición de la salud que, ya nadie concibe como una mera ausencia de enfermedad. La Comisión Europea ha querido clarificar como debe entenderse la salud laboral en el documento *«Como adaptarse a los cambios en la sociedad y en el mundo de trabajo: Una nueva estrategia de Salud y Seguridad (2000-2006)»* donde establece como uno de sus objetivos *integrar la dimensión de igualdad entre mujeres y hombres en la evaluación de riesgos, las medidas preventivas y los mecanismos de indemnización, de forma que se tenga en cuenta las particularidades de las mujeres en lo que respecta a la salud y la seguridad en el trabajo*. Trasladar a la salud laboral un enfoque integrado de género significa utilizar un método de trabajo que nos permita conocer y actuar en función de las particularidades, necesidades e intereses de hombres y mujeres. La prevención de riesgos, por tanto, debe incorporar esta nueva perspectiva de cara a la aplicación de las normas.

II.I. EL RIESGO DURANTE EL EMBARAZO.

Como hemos anticipado, la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 92/85/CEE, se produce¹ por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) que prevé un conjunto de medidas encaminadas a la protección de la mujer y/o del feto de los riesgos que pueden producirse sobre su salud, directamente o a través de la madre, debido a la realización por ésta de actividades peligrosas, transposición limitada puesto que únicamente contemplaba la posibilidad/obligación de traslado de aquella a un puesto compatible, cuando el desempeñado por la trabajadora presentaba un riesgo indudable para su estado de embarazo o para el feto, dejando sin resolver la problemática que podía plantearse cuando dicho traslado no pudiera realizarse.

A fin de remediar esta situación y completar la transposición a nuestro ordenamiento de la Directiva 92/85/CEE, la **Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la vida personal, familiar y laboral (LCVFL)**, introdujo dos novedades importantes; de una parte, incorporando una nueva causa de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que la trabajadora embarazada no pudiese ser trasladada a otro puesto compatible con su estado; de otra, incluyendo una nueva prestación en el ámbito de la acción protectora de la Seguridad Social, que sustituyese el salario dejado de percibir por la trabajadora durante la suspensión de su actividad².

La **Ley Orgánica de 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI)**, dentro de la estrategia de transversalidad de la perspectiva de género, (art. 15) da un paso más en la protección de la maternidad de la mujer trabajadora al consagrar en su artículo 14 como uno de los criterios generales de actuación de los poderes públicos *«la protección de la maternidad, con especial atención a la asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia»*.

En relación con la situación de riesgo durante el embarazo, la LOI aunque no implica alteraciones de la situación anterior en el ámbito laboral, incorpora modificaciones importantes en la prestación de la Seguridad Social en tres aspectos básicos: la naturaleza de la prestación, que pasa a tener la consideración de contingencia profesional (lo que va a afectar a las condiciones para su acceso), la cuantía de la misma, incrementando su importe, y, por último, la gestión, ya que de ser una prestación gestionada en exclusiva por la Entidad Gestora pública, pasa a ser gestionada mayoritariamente por las Mutuas. (Artículos 134 y 135 de la Ley General de Seguridad Social, modificados por la LOI).

II.II. EL RIESGO DURANTE EL PERIODO DE LACTANCIA.

La LCVFL, pese a su intención, no supuso una transposición total de la Directiva 92/85/CEE al ordenamiento español, ya que la norma comunitaria extendía

¹ PANIZO ROBLES, J.A. (2007), «Conciliación personal, familiar y laboral y Seguridad Social (Modificaciones incorporadas por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)», Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid.pàg132-135

² En este sentido, MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE:L. «La prestación de riesgo durante el embarazo tras la Ley 39/1999».

la protección también a la situación de riesgo durante la lactancia, es decir, a los supuestos en que el puesto de trabajo desempeñado por una mujer que se encontrase en situación de lactancia presentase riesgos para su salud, o la del lactante, y la misma no pudiese ser trasladada a otro puesto de trabajo compatible con su estado. En tales supuestos la norma comunitaria preveía el derecho de la trabajadora a cesar en su puesto de trabajo y a percibir la correspondiente prestación que sustituyera al salario dejado de percibir.

Frente a ello, el artículo 26.4 de la LPRL declaraba aplicable al periodo de lactancia las previsiones contenidas en los apartados 1 y 2 de dicho precepto relativas a la evaluación de riesgos con adopción de las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, y al cambio de puesto o función con otro compatible con su estado, pero no le era de aplicación lo previsto en el apartado tercero del artículo 26 que declara el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión de contrato cuando el cambio de puesto no resulta técnica u objetivamente posible.

La Ley Orgánica de 3/2007, de 22 de marzo, pone fin a esta situación y transpone plenamente la Directiva 92/85/CEE incorporando una regulación muy semejante a la aplicada en los supuestos de riesgo durante el embarazo, es decir, posibilitando la suspensión del contrato de trabajo de la trabajadora que se encuentre en situación de lactancia y, simultáneamente, estableciendo una prestación económica de la Seguridad Social de conformidad con lo dispuesto en el nuevo Capítulo IV Quinquies de la Ley General de Seguridad Social.

De este modo, si las condiciones de trabajo pueden influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo menor de 9 meses durante el periodo de lactancia natural y así lo certifiquen los Servicios Médicos del INSS o las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe médico del Servicio Nacional de Salud que asista a la trabajadora o a su hijo, la mujer deberá ser trasladada a un puesto de trabajo o función compatible con su estado, y si el cambio no fuera técnica u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el pase de la trabajadora afectada a un puesto de trabajo o función compatible con su estado³.

Para evitar las dudas interpretativas que el término «*periodo de lactancia*» había suscitado en el sentido de si hacía alusión a todo tipo de lactancia o sólo a la natural, el artículo 26 de la LPRL especifica que solo se refiere a la lactancia natural, lo que es lógico dada la finalidad del precepto: proteger al hijo de los riesgos biológicos derivados de la prestación de trabajo por la madre en determinadas condiciones.

En desarrollo de la LOI, conforme a lo dispuesto en su Disposición final tercera, se ha dictado el **Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural**, que, por un lado, dispone su aplicación a todos los regímenes del Sistema de la Seguridad Social, y, por otro, establece su aplicación supletoria en los Regímenes Especiales de

³ Art. 26.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, tras la modificación operada por la LOI.

Seguridad Social de los funcionarios públicos, por lo que habremos de acudir al mismo para cubrir las posibles lagunas que pueda haber en la concreta regulación de esta materia en el ámbito funcional.

III. TRATAMIENTO DEL RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y LA LACTANCIA EN EL EMPLEO PÚBLICO.

Por lo que respecta a los funcionarios públicos, la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la vida personal, familiar y laboral, modificó el artículo 69 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, texto articulado aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero, a fin de introducir en el mutualismo administrativo la *«licencia por riesgo durante el embarazo»*. Asimismo efectuó las consiguientes modificaciones en la Ley 28/1975, de 27 de junio, sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, y en la Ley 29/1975, de 27 de junio, de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, a fin de asimilar la situación de la funcionaria que haya obtenido licencia por riesgo durante el embarazo, a la situación de incapacidad temporal.

Por su parte la Ley Orgánica de 3/2007, de 22 de marzo, contempla en su artículo 14 entre los *Criterios generales de actuación de los Poderes Públicos, «la protección de la maternidad, con especial atención a la asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia»*, y, destacando la importancia de esta situación, le dedica su artículo 58 bajo la rúbrica *«Licencia por riesgo durante el embarazo y lactancia»* en el que establece que cuando las condiciones de trabajo de una funcionaria incluida en el ámbito del mutualismo administrativo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del feto, podrá concederse licencia por riesgo durante el embarazo, garantizándose la plenitud de los derechos económicos, extendiéndolo al periodo de lactancia natural.

En consonancia con lo expuesto, la LOI modifica, a través de su Disposición adicional 21ª, el artículo 69.3 de la Ley Funcionarios Civiles del Estado para incluir la licencia por riesgo durante la lactancia, y mediante la Disposición adicional 23ª, el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, aprobada por Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, que contempla las situaciones de riesgo durante el embarazo y durante la lactancia como situaciones protegidas en los términos establecidos para la incapacidad temporal.

Llegados a este punto, hemos de recordar que la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, tiene una vocación universal e integradora de la prevención de riesgos, y por ello en su Exposición de Motivos dispone su aplicación en el ámbito de las Administraciones públicas, señalando que constituye, en sus aspectos fundamentales, *«norma básica del régimen estatutario de los funcionarios públicos»*, y por lo que se refiere a las Fuerzas Armadas y actividades militares de la guardia civil, establece que inspirará la normativa específica que se dicte en dichos ámbitos sobre protección de la seguridad y salud de los trabajadores que prestan sus servicios en tales actividades.⁴

⁴ Art. 3.2 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales.

Por tanto, las Administraciones Públicas, en su condición de empleadores, deben hacer efectivo el derecho de los empleados públicos a recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, tal y como se reconoce en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del empleado público, para lo cuál deben cumplir lo exigido a las empresas en el ámbito privado: lograr un mejor y más eficaz cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, mejorar la eficacia y calidad de las actividades preventivas y fortalecer y favorecer la implicación de los empleados públicos en la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo.

Concretamente, en lo que afecta a la materia que estamos tratando, hemos de estar al artículo 26 referido a la «*Protección de la maternidad*», en la nueva redacción dada por la LOI, en el que, partiendo de la necesidad de llevar a cabo una previa evaluación de los riesgos para la seguridad y salud de las trabajadoras embarazadas o del feto o lactante menor de nueve meses, contempla la obligación del empresario de adaptar las condiciones o el tiempo de trabajo de la mujer trabajadora. Si dicha adaptación no fuera posible, previa certificación médica, se procederá a un cambio de puesto de trabajo o de función, conservando las retribuciones del puesto de origen; y, si dicho cambio no fuera técnica u objetivamente posible, podrá declararse el paso de la trabajadora a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo (licencia por riesgo durante el embarazo o la lactancia, en el caso de los funcionarios). Los capítulos III y V de esta Ley han sido adaptados a la Administración General del Estado mediante el Real Decreto 1488/1998, de 10 de julio.

Actualmente la regulación de esta materia se encuentra en el reciente **Real Decreto 2/2010, de 8 de enero**, por el que se modifica el Reglamento General del Mutuismo Administrativo, aprobado por Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, en materia de incapacidad temporal y de riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural, que de acuerdo con la modificación operada en los artículos 18 a 22 del texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, regula estas situaciones en coherencia con los principios que emanan de la LOI.

En su artículo 99 considera situaciones protegidas aquellas en las que se encuentra la mujer funcionaria en los supuestos en que, debiendo cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, en los términos previstos en los apartados 3 y 4, del artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, dicho cambio de puesto no resulte reglamentaria, técnica u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, y añade que, estas situaciones tendrán la misma consideración que la situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad profesional.

Si bien limita estas situaciones a las derivadas de riesgos o patologías que estén directamente «*relacionadas con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto o actividad desempeñados*», y que puedan influir negativamente en la salud de la mujer embarazada y/o en el feto, o de la mujer y/o el hijo o hija lactante.

A continuación contempla las causas de la extinción, denegación, anulación y suspensión de las situaciones de riesgo, y los derechos económicos que generan. Concretamente, por lo que respecta a su extinción prevé que la situación de riesgo durante el embarazo se extingue, entre otras causas, por el comienzo del permiso por parto,

contemplado en el artículo 49 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, por la interrupción del embarazo, por la incorporación de la funcionaria a su función habitual o a otra compatible con su estado o por su fallecimiento; y la situación de riesgo durante la lactancia, por la interrupción de la lactancia natural, el fallecimiento de la beneficiaria o del lactante, o por cumplir el lactante la edad de nueve meses.

Hemos de significar que el Tribunal Constitucional ha concedido su amparo a una funcionaria ante la inactividad de la Administración donde prestaba sus servicios, por una situación de riesgo para su embarazo, considerando que dicha actitud ha supuesto una vulneración directa del artículo 15 de la Constitución que consagra los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física, aunque no llegara a producirse una exposición efectiva de la funcionaria embarazada al riesgo, ni por tanto se hubiese causado ningún tipo de daño.⁵

III. LA PROTECCIÓN DEL RIESGO EN EL EMBARAZO Y LA LACTANCIA EN EL ÁMBITO DEL PERSONAL MILITAR.

En el ámbito de las Fuerzas Armadas podemos afirmar que las primeras medidas de protección del embarazo frente a posibles riesgos derivados de las condiciones de trabajo, se adoptaron con motivo de la incorporación de la mujer a la institución castrense⁶. Así la primera disposición que contempla esta materia la encontramos en el artículo 74.5 de la Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar profesional, que se limitaban a disponer el cambio de puesto orgánico de la militar embarazada afectada a otro adecuado a su estado.

Esta disposición será recogida después por la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas, que en su artículo 132, en la redacción dada por la LOI, contempla la posibilidad de que a la mujer militar en estado de gestación se le asigne, previo informe facultativo, un puesto orgánico o cometido distinto al que estuviera ocupando, adecuado a las circunstancias de su estado, sin que ello suponga pérdida de destino.

Esta previsión también será recogida por el Reglamento de Destinos del Personal Militar Profesional, aprobado por Real Decreto 431/2002, de 10 de mayo⁷, que

⁵ STC, N° 62/07, de 27 de marzo, dictada en recurso de amparo.

⁶ La incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas se produjo en virtud del Real Decreto-Ley 1/1988, de 22 de febrero.

⁷ Artículo 21. *Asignación de puestos durante los periodos de embarazo y lactancia.*
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 será preferentemente en su unidad, centro u organismo de destino y, de no existir ninguno compatible con su estado de gestación, se lo asignará en otra unidad, centro u organismo, preferentemente en el mismo término municipal.*

2. *También podrá asignarse dicho puesto durante el período de lactancia por un hijo menor de nueve meses, cuando la madre hubiera optado por solicitar reducción de la jornada laboral, siempre que sus ausencias por esta causa fuesen*

3. *El Ministro de Defensa determinará las condiciones en que se asignará dicho puesto.*

en su artículo 23 f) añade que la asignación del puesto compatible con el estado de gestación se llevara a cabo mediante una comisión de servicio.

En similar sentido se pronuncia actualmente el artículo 101.6 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, que, además, lo configura como un «derecho» de la mujer militar⁸.

De la regulación de estas situaciones de necesidad en el ámbito del personal de las Fuerzas Armadas, llama la atención «el olvido» de la cobertura del periodo de lactancia natural, que, como hemos visto, se encuentra protegido expresamente tanto a nivel comunitario, por la Directiva 92/85/CEE, como, en nuestro ordenamiento interno, por la LOI, y que, incluso, ya se contempló tímidamente en el citado Reglamento de destinos del personal militar profesional, que en su art. 21, preveía la posibilidad de que a la mujer militar profesional se le asignara, por prescripción facultativa, durante el periodo de embarazo o de *lactancia de un hijo menor de nueve meses*, un puesto orgánico adecuado a sus circunstancias, preferentemente en su unidad, centro u organismo, y en su defecto, en otra unidad centro u organismo, preferentemente en el mismo término municipal.

Un paso más para el tratamiento de esta materia en el ámbito del personal militar se ha dado con el Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, de prevención de riesgos laborales del personal militar de las Fuerzas Armadas y de la organización de los servicios de prevención del Ministerio de Defensa, que, dictado en desarrollo de las previsiones contenidas en la LPRL, reconoce como regla general la aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales en el ámbito de las Fuerzas Armadas, excluyendo únicamente aquellas actividades cuyas peculiaridades lo impidan, y atribuye al Ministerio de Defensa las obligaciones que la LPRL asigna al empresario en esta materia.

El Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, reconoce que las peculiaridades de las misiones estrictamente castrenses no son incompatibles con la aplicación de las medidas de seguridad ni de otras encaminadas a proteger la salud de los miembros de las Fuerzas Armadas, y que, en este sentido, los principios generales que se recogen en la LPRL, inspirarán la actividad en general de las Fuerzas Armadas.

Este Real Decreto dedica su artículo 15 a las «*Medidas de protección de la maternidad*», regulando la prevención de riesgos durante el embarazo y la lactancia del personal militar, de la siguiente manera:

«1. De las actividades que se desarrollen en los puestos de trabajo, la evaluación de riesgos determinará qué procedimientos, condiciones de trabajo y exposiciones de cualquier clase que puedan incidir negativamente en la salud de las embarazadas, en la de los fetos, en la de las madres en período de lactancia o en la de sus hijos lactantes.

Si se determinase que existen riesgos, se adaptarán medidas que permitan la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada.

⁸ Artículo 101.6: «Durante el periodo de embarazo la mujer militar profesional tendrá derecho a ocupar, por prescripción facultativa, un puesto orgánico o cometido adecuado a las circunstancias de su estado que podrá ser distinto del que estuviera desempeñando. La aplicación de este supuesto no implica pérdida del destino».

2. Si la naturaleza del puesto no permite adoptar variaciones para eliminar el riesgo o si, a pesar de las adoptadas, el riesgo siguiera existiendo según determine el informe vinculante del servicio de prevención, se le asignará un puesto de trabajo o un puesto orgánico distinto del que viniere ocupando, produciéndose, en su caso, la reincorporación al puesto anterior cuando cese las circunstancias que motivaron la asignación de dicho puesto.»

Desde la publicación de este Real Decreto ya no hay duda de que la prevención de riesgos en el ámbito del Ministerio de Defensa abarca no solo la situación de *embarazo*, sino también el *periodo de lactancia natural*, a fin de evitar daños tanto a la madre como al hijo lactante, si bien, hemos de recordar que, presupuesto necesario para la adecuada aplicación de toda la normativa sobre prevención de riesgos es la obligada colaboración de la persona afectada, por lo que si la mujer no informa de su situación, la Administración quedaría exenta de posibles responsabilidades derivadas de la no adopción de las correspondientes medidas preventivas.⁹ Además es preciso, conforme establece el artículo 31 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, que el riesgo para la salud de la madre o del feto o hijo/a lactante, esté *«relacionado con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto desempeñado»*, lo que exige la concreción de la causa del riesgo, y su directa relación con el puesto de trabajo o cometido asignado.

Por último, la normativa específica del personal militar no contempla el supuesto si previsto, por el contrario, en el art.26 de la LPRL, y, por ende, en el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, y en el Real Decreto 2/2010, de 6 de marzo, de que el cambio de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, *«no resulte reglamentaria, técnica u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados»*, situación que determinaría la suspensión del contrato de trabajo (en la legislación laboral), o la concesión a la mujer funcionaria de una licencia por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia, como hemos estudiado en el epígrafe precedente, y ello es así, por cuanto la normativa del personal militar no contempla la situación de licencia por estas causas, como tampoco prevé la situación de incapacidad temporal para dicho personal.

Efectivamente, la normativa reguladora de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas únicamente contempla la situación de licencia por riesgo durante el embarazo y la lactancia respecto de las funcionarias civiles acogidas al Régimen Especial de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y del personal estatutario del CNI¹⁰, señalando que tendrá la misma consideración y efectos que el estado de incapacidad temporal, y se remite para su regulación a la normativa específica de los funcionarios civiles.

⁹ Ver art. 29 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y art. 20 c) del Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, de prevención de riesgos laborales del personal militar de las Fuerzas Armadas y de la organización de los servicios de prevención del Ministerio de Defensa.

¹⁰ Art. 18 del texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio (BOE 142, de 14 de junio), y el art. 69.3 del Reglamento General de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto 1726/2007, de 21 de diciembre.

En el ámbito de la salud, las Fuerzas Armadas cuentan con un mecanismo propio para determinar las facultades psicofísicas del personal militar, el Reglamento para la determinación de la aptitud psicofísica del personal de las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto 944/2001, de 3 de agosto, el cual permite armonizar las posibles limitaciones psicofísicas del militar con las características del puesto de trabajo, todo ello sin perjuicio del esfuerzo realizado en aras de una completa integración de la mujer, que se concreta en la vigilancia de su salud, dispensando especial protección a los supuestos de embarazo y lactancia.

En este contexto normativo, y teniendo en cuenta la aplicación supletoria de las normas antes citadas, habremos de concluir, que por lo que se refiere al personal militar femenino, en el supuesto de que durante el periodo de gestación o durante el de lactancia natural, el desempeño de los cometidos propios del puesto de trabajo entrañe riesgos para la mujer o para el hijo, y así sea certificado por los servicios médicos asignados conforme a la normativa reguladora del Régimen de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, la mujer militar tiene derecho a que se adapten las condiciones del puesto de trabajo o del tiempo de trabajo a fin de posibilitar que desaparezca la situación de riesgo.

Si la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resulta posible, o a pesar de la adaptación las condiciones del puesto de trabajo siguen influyendo negativamente en la salud de la militar, del feto, o del menor lactante, debe asignársele un puesto o cometido diferente y compatible con su estado. Y, en el supuesto de que la asignación de otro puesto o cometido no fuera *reglamentaria, técnica u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados*, la mujer militar causaría baja temporal en el servicio, tras la presentación del correspondiente parte médico de riesgo durante el embarazo o la lactancia, emitido por el facultativo correspondiente a la modalidad asistencial de la interesada, conforme a la Instrucción 169/2001, de 31 de julio.

Dicha situación finalizará en el momento del parto (en el caso de riesgo durante el embarazo), o en el de la suspensión de la lactancia natural, o al cumplir el lactante los nueve meses (en el supuesto de riesgo durante la lactancia).¹¹

En este contexto, cobran especial importancia los Planes de prevención cuya elaboración se encomienda a los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales ¹² que deberán llevar a cabo las siguientes tareas:

- a) Evaluar el conjunto de las condiciones de trabajo de hombres y mujeres y los riesgos para la salud (seguridad, agentes químicos, biológicos y físicos, riesgo músculo-esquelético y psicosociales),

¹¹ En este sentido, recordar que el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, dispone su aplicación a todos los regímenes del Sistema de la Seguridad Social, y, por otro, establece su aplicación supletoria en los Regímenes Especiales de Seguridad Social de los funcionarios públicos, en todo lo que no se oponga a lo preceptuado en la normativa general reguladora del Régimen correspondiente, por lo que habrá de tenerse en cuenta a la hora de aclarar las posibles dudas que genere la aplicación de esta materia en el ámbito del personal militar.

¹² Art. 10 del Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre.

- b) Definir las actividades, puestos de trabajo o funciones específicas que puedan suponer un riesgo para las militares embarazadas o en periodo de lactancia natural,
- c) Establecer procedimientos o protocolos de actuación que contribuyan a la identificación, prevención y eliminación de los posibles riesgos laborales que puedan afectar negativamente durante el embarazo y durante la lactancia,
- d) Elaborar un listado de puestos de trabajo sin riesgo para el embarazo y la lactancia natural dentro de cada Unidad, Centro u Organismo que permita agilizar los trámites necesarios para el cambio de puesto de trabajo o tramitar, si procede, la baja temporal del servicio de la afectada.

IV. CONCLUSIONES.

La prevención de riesgos laborales ha experimentado en los últimos diez años un auge inusitado en nuestro país. En este periodo ha pasado de disciplina prácticamente desconocida y reservada a especialistas, a consolidarse como un aspecto fundamental de las relaciones laborales. Ello demuestra que la cultura de la prevención ha empezado a calar en nuestra sociedad en el sentido de que la prevención es objeto de preocupación social, lo que, en lógica, ha trascendido a la institución militar en cuanto integrante de la misma.

Actualmente los conceptos de seguridad, salud laboral y prevención de riesgos laborales, no son ajenos a las Fuerzas Armadas, y buena prueba de ello es la mención expresa contenida en el artículo 40 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero¹³.

Por otra parte, la protección a la maternidad, y en concreto, frente a los riesgos durante el embarazo y la lactancia natural de la mujer militar, fue objeto de atención normativa desde el mismo momento de su incorporación a la institución castrense y ha sido reforzada en la normativa reciente. Prueba de ello son las diversas medidas contenidas a lo largo del articulado de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, cuyo objetivo es proteger la maternidad de la mujer militar y evitar que dicha circunstancia sea un obstáculo para su carrera.

Como hemos visto, la publicación del Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, de prevención de riesgos laborales del personal militar de las Fuerzas Armadas y de la organización de los servicios de prevención del Ministerio de Defensa ha supuesto un paso muy importante para la protección de estas situaciones de riesgo en que puede encontrarse, con mas frecuencia que en otras profesiones, la mujer militar.

Además en los últimos años, el Ministerio de Defensa, consciente de la importancia de la seguridad y salud de su personal, se ha comprometido a la aplicación de la legislación sobre prevención de riesgos laborales, implantando el Sistema de Gestión de la Prevención de Riesgos laborales para la Administración General del Estado (SGPRLAGE), establecido por Resolución de 17 de febrero de 2004 de la Secretaria de Estado para la Administración Pública.

¹³ Art. 40: *(el militar) «Prestará especial atención y cuidado a todos los aspectos que afecten a la salud y a la prevención de conductas que atenten contra ella»*

No obstante, queda aún mucho camino por recorrer. Por un lado, porque la regulación de esta materia en el ámbito militar es muy escueta, por lo que es de esperar y desear que las normas que se dicten en desarrollo de este Real Decreto, y en especial, los Planes de prevención que se elaboren, ayuden a una correcta aplicación de esta normativa en el instituto castrense, perfeccionando los niveles de protección existentes y adaptando las medidas de prevención a las modificaciones que pueden experimentar las circunstancias que inciden en la realización de los cometidos asignados al personal militar.

Por otra parte, porque la efectiva integración de la prevención de los riesgos laborales, en general, y en especial, de los relacionados con el embarazo o la lactancia, en la institución castrense requiere un esfuerzo de todos sus componentes, debiendo comenzar por una adecuada labor de información y de sensibilización, con el fin de acercar cada vez más a la institución militar a las demandas de la sociedad, que en este ámbito de mayor sensibilidad reclama una especial protección, y del que no puede permanecer al margen, teniendo, además, en cuenta, el incremento progresivo del número de mujeres que ingresa en las Fuerzas Armadas.

4. LA ESENCIA DE LAS DILIGENCIAS PREVIAS EN LA LEY PROCESAL MILITAR

*José Luis Martín Delpón
Capitán Auditor*

SUMARIO: I. Introducción y objeto del presente estudio. II. Antecedentes legislativos de las diligencias previas en el ordenamiento histórico procesal castrense. 2.1 Los antecedentes histórico-procesales 2.2. Los antecedentes en el Proyecto de la LPM. III. Naturaleza jurídica de las diligencias previas y su ubicación sistemática en la LPM IV. Naturaleza jurídica de las diligencias previas y su comparación con las diligencias previas de la LECRIM. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN Y OBJETO DEL PRESENTE ESTUDIO

En relación con las disposiciones previas al juicio, las Reglas de Tokio, en su apartado 5.1 establecen que *«Cuando así proceda y sea compatible con el ordenamiento jurídico, la policía, la fiscalía u otros organismos que se ocupen de casos penales deberán estar facultados para retirar los cargos contra el delincuente si consideran que la protección de la sociedad, la prevención del delito o la promoción del respeto a la ley y los derechos de las víctimas no exigen llevar adelante el caso. A efectos de decidir si corresponde el retiro de los cargos o la institución de actuaciones, en cada ordenamiento jurídico se formulará una serie de criterios bien definidos. En casos de poca importancia el fiscal podrá imponer las medidas adecuadas no privativas de la libertad, según corresponda»¹.*

La traducción de esta recomendación en la esfera del derecho penal militar, y evidentemente en el marco de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante

¹ Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad: Reglas de Tokio, Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, N°. Extra 6, 1993, pp. 119-132. Estas reglas encuentran su origen en el 8º Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, quien recomienda a la Asamblea General de la ONU las presentes medidas mínimas sobre penas no privativas de la libertad, mismas que son aprobadas la misma ONU el 14 de diciembre de 1990, bajo la resolución 45/110 tomada por la Asamblea General.

LECRIM)², lleva directamente a los tipos de procedimientos en los que los delitos pueden ser enjuiciados y buscar si, dentro de las opciones que la ley procesal abre, se encuentra algún procedimiento específico de carácter previo que permita, en mayor o en menor medida, «retirar los cargos contra el delincuente si consideran que la protección de la sociedad, la prevención del delito o la promoción del respeto a la ley y los derechos de las víctimas no exigen llevar adelante el caso»³.

En el Libro II de la Ley Orgánica Procesal Militar (en adelante LPM), bajo la rúbrica «De los procedimientos ordinarios militares», y más en concreto en su Título I, relativo a las Disposiciones Generales, en su Sección I se regulan las distintas clases de procedimientos judiciales militares y sus modos de inicio. Esta sistemática encabezada por el artículo 129 dispone que «Los procedimientos judiciales ordinarios que pueden instruir los Jueces Togados son: diligencias previas y sumarios»⁴. Un primer intento, en suma, de acercar el contenido de las Reglas de Tokio al derecho penal y

² En relación con la bibliografía existente en relación con las Diligencias Previas en la LECRIM: ALONSO PÉREZ, F., (2002), Las diligencias previas, Los juicios rápidos: análisis de la nueva Ley sobre procedimiento abreviado, juicios rápidos y juicios de faltas: (Ley 38/2002, de 24 de octubre y Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre) / coord. por Joaquín Delgado Martín, pp. 135-158, CASTILLO RIGABERT, F., (1995), *Derechos fundamentales e investigación en las diligencias previas: (estudio de la reciente jurisprudencia de la Sala del Tribunal Supremo)*, Anales de derecho, Nº 13, pp. 13-38, SALAS CARCELLER, A., (1993), *Sobre la eficacia del auto de archivo de las diligencias previas penales (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1991)*, Poder Judicial, Nº 31, pp. 287-290, VILLAMARÍN LÓPEZ, M.L. (2000), *Suficiencia de la motivación del auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado (TS 2ª S 1088/1999, de 2 julio)*, Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal, Nº 7, pp. 892-897, DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., (2000), *Las diligencias previas: contenido; la investigación judicial: su contingencia y su exclusión*, Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal, Nº 1, (Ejemplar dedicado a: El procedimiento abreviado. Recurso de casación para la unificación de doctrina en el orden jurisdiccional social. Medio ambiente y urbanismo), pp. 105-138, MARTINEZ PARDO, V.J., (2000), *El procedimiento abreviado: La fase de diligencias previas*, Revista internauta de práctica jurídica, Nº. 4, PEDRAZ PENALVA, E., (1998), *La práctica probatoria anticipada y la denominada prueba «preconstituida»*, Cuadernos de derecho judicial, Nº. 3, (Ejemplar dedicado a: La instrucción del sumario y las diligencias previas / Andrés Martínez Arrieta (dir.)), pp. 11-62, FERNANDEZ DEL TORCO ALONSO, J.M., (1998), *La aplicación de las nuevas tecnologías al procedimiento penal*, Cuadernos de derecho judicial, Nº. 3, (Ejemplar dedicado a: La instrucción del sumario y las diligencias previas / Andrés Martínez Arrieta (dir.)), pp. 113-140, MARTINEZ ARRIETA, A. (1998), *La instrucción de las causas por delitos. Naturaleza. Órgano que debe realizarla. Iniciación*, Cuadernos de derecho judicial, (Ejemplar dedicado a: La instrucción del sumario y las diligencias previas / Andrés Martínez Arrieta (dir.)), pp. 141-170, CAZORLA PRIETO, S., (1998), *Diligencias practicadas por el ministerio fiscal en la investigación penal*, Cuadernos de derecho judicial, Nº. 3, (Ejemplar dedicado a: La instrucción del sumario y las diligencias previas / Andrés Martínez Arrieta (dir.)), pp. 171-202.

³ Las reglas estipulan protecciones legales para asegurar que penas no privativas estén siendo aplicadas con imparcialidad, dentro de un sistema legal claro, asegurando la protección de los derechos del delincuente y el recurso a un sistema de queja formal cuando sienten que en algún momento sus derechos hayan sido vulnerados. Además contienen unos principios básicos para promover la aplicación de medidas no privativas de libertad, teniendo por objeto fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal.

⁴ CLAVER VALDERAS, J.M. (1995), *Las clases de los procedimientos penales militares*, Comentario a las Leyes Procesales Militares, Tomo II, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, p. 1422 y ss.

procesal militar debe pasar, sin duda, por la regulación de las llamadas diligencias previas⁵.

Es más, en el Capítulo II del Título I, donde se regulan las diligencias previas se encabeza con la rúbrica «De la prevención de los procedimientos», incluyendo no sólo las diligencias mencionadas sino también añadiendo dos preceptos en relación con el atestado. A los efectos de este estudio, me centraré en el análisis de las primeras, que ocupan los artículos 141 a 143, englobados en la Sección Primera.

El artículo 141 de la LPM dispone que *«Los Jueces Togados Militares iniciarán el procedimiento judicial penal correspondiente, si hubiere méritos para ello. Sólo en el caso en que no fuese posible determinar el procedimiento a seguir, podrán incoar diligencias previas, que tendrán por objeto las actuaciones esenciales para determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él han participado y el procedimiento penal aplicable. Darán cuenta de la incoación y de los hechos al Fiscal Jurídico Militar y al Tribunal Militar de quien dependa, pudiendo aquél intervenir en las diligencias previas, en cualquier momento, así como el perjudicado por el hecho, con las excepciones de los artículos 108 y 168 de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar»*. Añade el párrafo segundo del citado precepto que *«El Juez Togado podrá acordar las medidas cautelares previstas en esta Ley y si se transforman las diligencias previas en sumario o diligencias preparatorias, lo actuado no necesitará de posterior ratificación»*.

Una vez que se hayan practicado *«sin demora⁶ las diligencias señaladas en los párrafos anteriores, el Juez Togado, por auto⁷, adoptará alguna de las siguientes medidas:»*

1. Si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal, acordará por auto el archivo de las actuaciones.
2. Si estimare que el hecho es constitutivo de falta disciplinaria, dictará auto de archivo y, firme éste, remitirá copia autenticada de todo lo actuado a la autoridad militar con potestad para ordenar la instrucción del oportuno expediente. El tiempo transcurrido desde el inicio de las diligencias previas hasta la fir-

⁵ En relación con la bibliografía en el ámbito de la jurisdicción militar, puede destacarse FERNANDEZ MUNTIEL, A., (1993), *Consideraciones sobre las Diligencias Previas y la Intervención Letrada en ellas*, Revista española de derecho militar, N.º 61, pp. 95-108 y BLAY VILLASANTE, F. (1991), *Breve apunte sobre la problemática procesal de algunos archivos de diligencias previas y sobreseimientos definitivos de causas criminales*, Revista española de derecho militar, N.º 58, pp. 147-152.

⁶ *La celeridad en la tramitación procesal si bien es aplicable a todos los procedimientos militares está, sin duda, más acentuada en las diligencias previas, donde su propio objetivo exige que diligencias procesales se agilicen lo máximo posible. El artículo 132 de la LPM lo recuerda, aplicándolo a todos los procedimientos, y lo hace estableciendo que Las partes intervinientes en un procedimiento procurarán abreviarlo con su rápida actuación, evitando las diligencias inútiles e innecesarias y, si fueren propuestas, el Juez Togado las rechazará por auto. Sin perjuicio de los recursos que procedan contra el auto que las rechace, estas diligencias podrán ser propuestas de nuevo para el acto del juicio oral»*.

⁷ El artículo 143 establece que este auto 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»*.

meza de la resolución que pone fin a aquéllas archivándolas, no se computará para la prescripción de la falta.

3. Si el hecho constituyere falta penal de la competencia de la Jurisdicción Militar, enviará lo actuado para su vista y fallo al Juez Togado del mismo territorio jurisdiccional, con sede más cercana geográficamente a la del Instructor.
4. Si de lo actuado resultaren méritos para proceder a la formación de causa contra persona cuyo fuero impida conocer al Tribunal de quien dependa, el Juez Togado dará inmediata cuenta al mismo, con remisión de los testimonios de particulares precisos para la resolución que corresponda.
5. Si el hecho fuere constitutivo de delito de la competencia de la Jurisdicción Militar, el Juez ordenará la formación de sumario o diligencias preparatorias según proceda.
6. Si el hecho estuviere atribuido a la Jurisdicción Ordinaria, se inhibirá a su favor.

En el artículo 142 de la LPM se incluye un precepto en relación con la asistencia letrada en el seno de las diligencias previas. En este artículo se obliga al Juez Togado a instruir 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 este mismo precepto se establece que si los méritos de la inculpación aparecieran en la declaración, *«se suspenderá ésta hasta que el declarante sea provisto de la asistencia letrada correspondiente»*.

II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LAS DILIGENCIAS PREVIAS EN EL ORDENAMIENTO HISTÓRICO PROCESAL CASTRENSE

Dentro de este apartado trataré de analizar cuál ha sido el sentido que el ordenamiento histórico ha querido otorgar a las diligencias previas dentro del derecho procesal penal estrictamente castrense, partiendo del primer antecedente histórico con el que contamos, el Código de Justicia Militar de 1890, y llegando a la regulación del Código de Justicia Militar de 1945. En el segundo apartado de este epígrafe, en relación con el artículo 3 del Código Civil, se intentará discernir si los trabajos parlamentarios previos a la actual LPM y el sentido que ellos quisieron darle a las diligencias previas quedaron efectivamente plasmados en la regulación actual y vigente.

2.1. LOS ANTECEDENTES HISTÓRICO-PROCESALES

El precedente histórico de la regulación actual de las diligencias previas en la LPM he de situarse en el Código de Justicia Militar de 1890 en los artículos 394 a 396⁸. El artículo 394 establecía que *«Las Autoridades y Jefes a quienes corresponda*

⁸ Este Código de Justicia Militar del año 1890 únicamente era aplicable a la llamada entonces «jurisdicción de guerra», es decir ceñida al actual Ejército de Tierra. En dicho cuerpo legal se contemplaban como procedimientos los siguientes. El procedimiento previo, que dotado de carácter judicial carecía de tinte penal (artículos 394 a 396), el procedimiento ordinario – con fase de instrucción y plenario– limitado a delitos militares (artículos 397 a 598), el procedimiento ante el Consejo Supre-

acordar o prevenir la formación de causa, mandarán instruir diligencias previas para depurar la naturaleza de los hechos, siempre que, pudiendo ser originarios de responsabilidades legales, no aparezcan desde los primeros momentos como constitutivos de delito». Disponía este precepto, en su párrafo segundo, que a estos efectos las Autoridades y Jefes militares y en todos los supuestos, deberían nombrar «*Juez Instructor y Secretario, con sujeción a las reglas establecidas en el Tratado I, aunque sin atribuir por el pronto a las actuaciones carácter de procedimiento criminal*»⁹.

Esta última idea es especialmente importante ya que, a diferencia de la regulación vigente donde las diligencias previas tienen carácter de procedimiento judicial por aplicación de lo dispuesto en el artículo 129 de la LPM, en la norma de 1890 no gozaban en principio del carácter de «*procedimiento criminal*», siendo, en este sentido, un verdadero procedimiento previo al judicial, donde las posibilidades de disposición eran, consecuentemente, mayores.

El artículo 395 preveía qué curso tomaría el procedimiento desde el instante en el que quedaran acreditados los indicios de comisión de un posible delito y qué ocurría en caso contrario. Así, preceptuaba que «*Si de las diligencias practicadas resultase que hay indicios para suponer la existencia de un delito, el Juez instructor procederá desde luego judicialmente con arreglo a las disposiciones establecidas en esta ley, dado conocimiento inmediato a la Autoridad o Jefe que lo nombró, y éstos a la judicial del Ejército o distrito, siendo lo actuado cabeza del procedimiento*». Por otro lado, si no existía indicios racionales de criminalidad y, por ello, no cabía esperar la existencia de acción penal, el precepto estimaba que «*Si por el contrario, se tratare sólo de un accidente o siniestro del cual no hubiese responsabilidades criminales que exigir, se limitará el instructor a hacer declaración de las civiles, si las hay, y consultará, por conducto de su Jefe, con la Autoridad judicial la resolución que corresponda*».

El artículo 396 establecía «*que dicha Autoridad, previo dictamen de su Auditor, acordará el archivo de las diligencias, con o sin declaración de responsabilidades civiles, o la elevación de aquellas a procedimiento criminal. Cuando aparezca falta, se observará lo prevenido en título XXIV de este tratado*». La posibilidad de elevar las actuaciones a procedimiento criminal refuerza la tesis de que estos procedimientos previos recogidos en el Título VI del Tratado III del Código de 1890 no eran, en esencia, procedimientos penales. Prueba de ello es que la regulación de los que sí que lo eran viene a continuación, en un Título aparte, el VII, donde se regula el sumario. Carecía este Código un artículo como el actual 129.

mo de Guerra y Marina (artículos 599 a 648), el procedimiento sumarísimo – para los casos de flagrante delito militar que tuviera anudada pena de muerte o prisión perpetua – (artículos 649 a 662), el procedimiento contra reos ausentes (artículos 663 a 670), el procedimiento para la extradición (artículo 671 a 677), el procedimiento para la faltas (artículos 699 a 702), el procedimiento del los tribunales de Honor (artículo 720 a 727) y, finalmente, los procedimientos de carácter civil relativos a la prevención de los abintestatos de militares fallecidos en servicio activo y de reclamación por deudas adquiridas en campaña o cuando el Ejército se hallara en país extranjero (artículos 738 a 749).

⁹ Cabe destacar como en la Ley de Enjuiciamiento Militar de la Marina de 1894, cuyo ámbito de aplicación de extendía a la Jurisdicción de Marina, no incluía la mención a los procedimientos previo, mantenía los mismos procedimientos que en al Código coetáneo de 1890 y limitaba los procedimientos civiles sólo al de prevención de los abintestatos de los marinos en servicio. Añadía, eso sí, un procedimiento peculiar que se sustanciaba ante los Consejos de Disciplina.

Tanto la denominación «procedimientos previos», como la ubicación sistemática de su regulación, se mantuvieron en el Código de Justicia Militar de 1945, en concreto, en los artículos 517 a 522.

La transición del Código de 1890 al de 1945 queda referenciada en la propia Exposición de Motivos de este último texto legal¹⁰. En concreto, el legislador de aquel entonces consideró lo siguiente como justificación de la línea continuista en lo que atañe a este tipo de procedimientos¹¹: *«Se mantienen los llamados procedimientos o diligencias previas, por considerarlos de indispensable conveniencia para el esclarecimiento de múltiples hechos de naturaleza inicial no definida, pero se establece como precepto fundamental, de inexcusable cumplimiento, que en ellos no se tratará a nadie como inculpado ni podrá decretarse detenciones ni prisiones de persona alguna, ni embargo de bienes, porque todas estas medidas, que con lamentable frecuencia se han adoptado en tales procedimientos, sólo son propias en buenos principios procesales, para ser acordadas en actuaciones, en las que de modo concreto se persigan hechos que revistan caracteres de delito o de faltas graves, o sea en las causas de expedientes judiciales¹²»*.

¹⁰ Esta transición fue especialmente significativa en lo que atañe a la refundición de las tres jurisdicciones operantes en aquel entonces. El CJM hizo suyo un procedimiento penal específico de la jurisdicción de Marina cual era el relativo a naufragios y abordajes. En relación con ello, la Exposición de Motivos del CJM consideraba que *«La unificación en el Código de la legislación aplicable en las jurisdicciones de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire, no supone limitación ni desprendimiento de motivos de competencia, sino refundición de todos ellos en un solo Cuerpo legal, y, claro está, que mantenida la de la jurisdicción de la Marina para conocer los hechos punibles cometidos en aguas del mar o a bordo de buques de todas clases, entre ellos de los abordajes y naufragios, y regulado el esclarecimiento de estos hechos, por sus especiales características, en los procedimientos peculiares a tal fin establecidos en el título adicional a la Ley de Enjuiciamiento Militar de Marina, era obligado que al derogar esta Ley se diese entrada a esos procedimientos en lugar adecuado del nuevo código, ya que no había de quedar con vigencia independiente este título especial por lo que a estos procedimientos se refiere»*. Las normas procesales ordinarias vigentes no daban cabida a la sustanciación de las posibles infracciones que se pudieran derivar de la navegación y del tráfico marítimo, por lo que el legislador de 1945 acogió en la parte procesal sustantiva del CJM estos procedimientos, tildándolos de «especiales de la Jurisdicción de Marina» y ubicándolos en el Título XV. No se ha de olvidar que bajo la vigencia del CJM se promulgó la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante de 22 de diciembre de 1955, publicada en el B.O. número 359, el Convenio de Bruselas de 10 de mayo de 1952, ratificado por España en virtud de Instrumento de 11 de septiembre de 1953, publicado en el B.O. número 354, sobre competencia penal y civil en materia de abordaje, que aplicaba las disposiciones contenidas en el Reglamento Internacional para prevenir abordajes en el mar, anexo al Convenio de Londres para la seguridad de la vida humana en el mar, de 10 de junio de 1948, ratificado por España el 26 de diciembre de 1952, con efectos de el 26 de junio de 1953, publicado en el B.O. número 314 y, ya en nuestro ordenamiento interno, la Orden de 20 de marzo de 1954, de abordaje, publicada en el B.O. número 90.

¹¹ En este sentido, hubo alguna modificación digna de mención. Así, el procedimiento sumarísimo pasó a ser aplicado, según los artículos 918 y siguientes, a los *«reos de flagrante delito militar que tengan señalada pena de muerte o treinta años de reclusión»*.

¹² En relación con los procedimientos incluidos en el Código de Justicia Militar de 1945 se ha de destacar que se mantuvieron en esencia los recogidos en su antecedente normativo inmediato, el Código de 1890, añadiendo las especialidades en materia de jurisdicción de Marina, para los casos de naufragio y abordaje, los expedientes judiciales por falta grave, los procedimientos por la comisión de una falta leve y los procedimientos gubernativos sin carácter judicial, previstos en los artículos 1009 y siguientes. Como ya se ha apuntado, en el ámbito objetivo de aplicación del CJM se incluían la corrección en vía judicial de las faltas graves de carácter disciplinario, en los artículos 1003 y siguientes del texto legal. En la Exposición de Motivos de establecía que *« Termina*

Continúa el legislador su justificación legal indicando que *«hacerlo de otro modo es desvirtuar la naturaleza de las diligencias previas; velando por el prestigio de la justicia militar, se imponía como una necesidad esa declaración. Como complemento de ella se regula, de un modo acabado el desarrollo de estos procedimientos especiales estableciendo con más perfecto detalle que en el actual Código las distintas resoluciones que pueden dictarse en los mismos, según el resultado que en cada caso ofrezcan las actuaciones»*.

El artículo 517 establecía que las *«Autoridades y Jefes a quienes corresponda acordar o prevenir la formación de causa mandarán instruir diligencias previas para depurar la naturaleza de los hechos, siempre que, pudiendo ser originarios de responsabilidad no aparezcan desde los primeros momentos como constitutivos de delito o falta graves. En estos casos se incoará desde luego causa o expediente judicial, según corresponda»*¹³.

en el nuevo Cuerpo legal, como en los Códigos castrenses actuales, la materia de procedimientos judiciales con los relativos a las faltas, a los que se dedica el Título XXIV, distinguiéndose del mismo modo las reglas aplicables según se trate de graves o leves, y como según se vio al delimitar la competencia, se amplió la de la jurisdicción militar al conocimiento de determinadas faltas comunes, se hacía preciso ahora establecer el procedimiento adecuado para esclarecerlas y corregirlas, procedimiento que se ha estimado desde ser en expediente judicial, como los graves».

¹³ Se ha recordar, a este respecto, que bajo la vigencia del Código de Justicia Militar de 1945 el Mando Militar ostentaba verdaderas funciones jurisdiccionales. Así, el artículo 52, dentro del Título III bajo la rúbrica «Atribuciones judiciales de las Autoridades que ejercen jurisdicción», y en concreto el Capítulo I en el que se desarrollaban las «Atribuciones de las Autoridades judiciales que ejercen Jurisdicción Territorial», establecía que los Capitanes y Comandantes Generales de región, los de Departamento, Comandantes Generales de Base Naval, el Almirante Jefe de la Jurisdicción Central de Marina, los Generales Jefes de las Regiones y Zonas Aéreas ejercían jurisdicción en el territorio, espacio, buques y fuerzas que respectivamente tuvieran asignados, tal y como recogía el artículo 51, en su redacción dada por la Ley de 30 de marzo de 1954, publicado en el B.O. número 90, reconociendo el artículo siguiente en su ordinal 1º que tenía competencia para *«Ordenar la formación de procedimientos judiciales contra militares de todas las clases y demás personas sometidas a su jurisdicción, cuando no los hubiesen mandado instruir las Autoridades o Jefes facultados al efecto»*, texto éste modificado por la Ley de 21 de abril de 1949. Pero la competencia para incoar estos procedimientos previos también podía recaer en aquellas Autoridades judiciales que no tenían jurisdicción territorial que, según el artículo 53, eran *«los Generales en Jefe del Ejército, Generales y Jefes de tropa con mando independiente respecto de las fuerzas de su mando y los Comandantes Generales de Escuadra respecto de las suyas y de las personas embarcadas en buques subordinados a su insignia»*. Es más, incluso en situaciones de campaña, el CJM en su artículo 54 atribuía la facultad de poder incoar procedimientos previos a estas mismas Autoridades judiciales *«respecto de las personas de cualquier clase que sigan al Ejército o cometan delitos o faltas previstas en los Bandos que dicten, territorios que ocupen y buques que apresen»*. El Capítulo III hacía referencia a las atribuciones de los Gobernadores o Comandantes de lugares, Unidades o fuerzas aisladas de la Autoridad judicial, pasando a definir las el artículo 55, donde se incluían a los Gobernadores o Comandantes de plazas o fortalezas sitiadas o bloqueadas, los que manden unidad, columna o puesto al frente del enemigo, en situación aislada y con las comunicaciones interrumpidas, los Gobernadores o Comandantes de las islas o puntos separados marítimamente de los centros judiciales ordinarios con los que no exista comunicación oficial, por lo menos, una vez por semana, o la tenga interrumpida, los Comandantes de buques que naveguen sueltos, cuando, hallándose en alta mar, se trate de delito que, a su juicio, necesiten un pronto y ejemplar castigo que no permita esperar a la arribada a puerto o incorporación a Escuadra y, por último, el Jefe de Unidad o agrupación de unidades aéreas separadas de territorio nacional, por los delitos que se cometan en ellas o por el personal de las mismas, cuando la necesidad de rápida y ejemplar sanción no permita retardarla hasta el regreso de la fuerza a su base o zona jurisdiccional de las Autoridades judiciales del Aire. Todas estas autoridades, por aplicación del artículo 56, ejercían las mismas competencias jurisdiccionales que las previstas en el Capítulo II, ya indicado.

Continuaba el párrafo segundo añadiendo que *«Al efecto, nombrarán aquéllos por sí mismos, en todos los casos, Juez instructor y Secretario con sujeción a las reglas establecidas en el Tratado 1º, aunque sin atribuir por el pronto a las actuaciones carácter de procedimiento criminal, sin perjuicio de su índole judicial»*.

Tal y como ya apuntaba la Exposición de Motivos y ratificaba el artículo 518, en estos procedimientos previos *«no se considerará a nadie como inculpado o presunto responsable y en su virtud no podrá decretarse en ellos, mientras conserven tal carácter, la detención ni prisión de persona alguna, ni se adoptarán medidas respecto de sus bienes»*, todo ello sin perjuicio de *«las medidas gubernativas que puedan acordar dentro de sus facultades, las Autoridades militares o Jefes respectivos»*.

El carácter previo de estos procedimientos gozaba, al igual que en la normativa vigente, de provisionalidad y eventualidad condicionada, en esencia, a que la naturaleza de los hechos quedara perfilada y, con ella, la posible comisión de un delito o falta. Así, el artículo 519 sancionaba que *«Tan pronto como de las actuaciones practicadas en un procedimiento previo resulten indicios racionales que permitan suponer la existencia de algún delito o falta grave, el Instructor elevará desde luego lo actuado a causa o expediente, continuando su tramitación con arreglo a derecho y dará inmediato conocimiento al Jefe o Autoridad que le nombró y a la Judicial de quien dependa»*¹⁴.

En caso contrario al recogido en el párrafo precedente, es decir, en los supuestos en que los hechos no sean constitutivos de delito o falta grave, el legislador, obviamente, imponía el archivo de las actuaciones y la consiguiente finalización de este procedimiento previo. El artículo 520 así lo preceptuaba y lo hacía diciendo lo siguiente: *«Si por el contrario los hechos objeto de investigación no presenten caracteres de delito o falta grave, el Instructor dará por terminado el procedimiento cuando lo estime completo y con su razonado informe y propuesta lo remitirá al Auditor quien, si lo estimase necesario, lo devolverá al Instructor para ampliación de diligencias, y en otro caso, lo elevará a la Autoridad Judicial con su dictamen para la resolución que corresponda»*.

El artículo 521 establecía que *«La Autoridad judicial, previo dictamen de su Auditor, acordará la terminación sin declaración de responsabilidad y archivo de los actuado, o su elevación a causa o expediente, según estime procedente, en vista del resultado de las actuaciones. En estos casos lo devolverá al Instructor o nombrará otro nuevo para que continúe la tramitación con arreglo a los preceptos de este Código»*¹⁵.

Tanto el carácter no firme de la resolución de archivo como la degradación de la conducta a una mera falta leve también fueron objeto de previsión del legislador. En concreto, el mismo artículo 521, indicaba que *«La resolución acordando la terminación del procedimiento sin declaración de responsabilidad no tendrá carácter*

¹⁴ En Sentencia de 9 de noviembre de 1943 se confirmó la facultad indiscutible de los Jueces Instructores para elevar a causa las diligencias previas desde el momento en que comprueben la existencia de un hecho que pueda revestir los caracteres de delito, sin otra obligación que la de dar cuenta a la Autoridad que hizo el nombramiento y la judicial.

¹⁵ Redactado por la Ley de 21 de abril de 1949, publicada en el B.O. número 113.

definitivo y permitirá abrir de nuevo las actuaciones, siempre que aparezcan méritos para ello. Si al decretar la terminación de un procedimiento previo se apreciase por la Autoridad Judicial la comisión de hechos constitutivos de falta leve, podrá corregirlos por sí en vía gubernativa o delegar esta facultad en el Jefe respectivo, exigiendo al mismo tiempo las responsabilidades civiles de ellas derivadas. Cualquier otra responsabilidad civil que resultare se hará exigible ante la Autoridad o tribunal competente para cuyo fin se deducirá el oportuno testimonio».

Finalmente, el artículo 522 disponía que *«Si de las actuaciones practicadas en procedimientos previos resultase realizado algún hecho del que pudieran derivarse responsabilidades administrativas, se deducirá testimonio de los particulares pertinentes y resolución de la Autoridad Judicial en la que se acuerde la incoación del oportuno expediente administrativo, al que servirá de cabeza el testimonio deducido».*

Con posterioridad, la Ley 8/1980, fue el gran baluarte de la constitucionalización de la justicia militar no modificó ninguno de los artículos referentes a los procedimientos previos¹⁶.

Se puede concluir, en primer lugar, desde la óptica interpretativa de los antecedentes previos a la actual LPM, que el legislador de 1890 y de 1945 estableció una regulación específica para estos *«procedimientos previos»* quedando orientados a diligencias de prevención y aseguramiento.

2.2. LOS ANTECEDENTES EN EL PROYECTO DE LA LPM

En el primer Proyecto de Ley Orgánica Procesal Militar los artículos 141 y 143 del texto tenían una redacción distinta a la actual. Así, en relación con el artículo 141, el proyecto textualmente lo redactada de la siguiente manera: *«Los Jueces Togados Militares podrán prevenir la formación de un procedimiento penal mediante la práctica de aquellas diligencias esenciales para determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él han participado y el procedimiento aplicable, dando cuenta de la incoación y de los hechos que la determinen al Fiscal Jurídico Militar»* añadiendo en un segundo párrafo que *«El Juez Togado podrá acordar las medidas cautelares previstas en esta ley».*

Finalizaba esta primera redacción con las posibles resoluciones a adoptar una vez practicadas *«sin demora»* las diligencias indicadas, siendo las alternativas procesales las siguientes:

1. Si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal, acordará por auto el archivo de las actuaciones.
2. Si estimare que el hecho es constitutivo de falta disciplinaria, remitirá lo actuado a la Autoridad Militar con potestad para ordenar la instrucción del oportuno expediente.

¹⁶ MILLAN GARRIDO. A. (1982), *Consideraciones sobre las modificaciones introducidas en las Leyes penales militares por la Ley Orgánica 9/1980, de Reforma del Código de Justicia Militar*, en Revista de Derecho Público, núm. 87, abril-junio.

3. Si el hecho a su parecer constituye falta penal cuyo conocimiento le viniere atribuido, continuará conociendo con arreglo al procedimiento regulado por esta ley.
4. Si de lo actuado resultasen méritos para proceder a la formación de causa contra persona cuyo fuero impida conocer al Tribunal de quien dependa, el Juez Togado dará inmediata cuenta al mismo, con remisión de los testimonios de particulares precisos para la resolución que corresponda.
5. Si el hecho fuere constitutivo de delito de la competencia de la Jurisdicción Militar, el Juez ordenará la formación de sumario o diligencias preparatorias según proceda.
6. Si el hecho estuviere atribuido a la Jurisdicción Ordinaria, se inhibirá a su favor.

Varias son las modificaciones que el texto de este artículo experimentó desde esta primigenia redacción en el Proyecto hasta la redacción definitiva, las cuales vinieron dadas, en esencia, por las enmiendas 62 a 65, presentadas en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Socialista y pueden sintetizarse en las siguientes:

- a) En primer lugar, en la redacción originaria no se incluyó aspecto alguno acerca de las partes personadas en el procedimiento. Así, no se previó la dación de cuenta del Auto de incoación ni al Fiscal Jurídico Militar ni al Tribunal Militar del que dependa, como tampoco se hizo mención a la posibilidad del perjudicado de personarse en el procedimiento, con las excepciones previstas en los artículos 108 y 168 de la LOCO.
- b) Tampoco se recogía la innecesaria ratificación de todas aquellas medidas cautelares legalmente prevista que el Juez Togado hubiera acordado en el caso de que las diligencias previas se eleven o bien a sumario o bien a diligencias preparatorias.
- c) En lo que atañe a las alternativas procesales de resolución de las diligencias previas, y más en concreto, en la referente a la degradación de conducta como constitutiva de ilícito disciplinario, en el Proyecto no se incluyó, como posteriormente sí que se haría, mención alguna a la interrupción del plazo de prescripción de la falta cometida. La paralización del plazo de prescripción *«desde el inicio de las diligencias previas hasta la firmeza de la resolución que pone fin a aquéllas archivándolas»* se añadió en la enmienda.
- d) En cuanto a la también permitida degradación de la conducta como falta penal, y sin perjuicio de lo que posteriormente se expondrá respecto a este tipo de procedimiento, el Proyecto no dispuso la previsión de que el Juez Togado, competente para la instrucción de las diligencias previas, siempre que determinara que los hechos lo fueran de la Jurisdicción Militar, *«enviará lo actuado para su vista y fallo al Juez Togado del mismo territorio jurisdiccional, con sede más cercana geográficamente a la del Instructor»*.

En ese mismo Proyecto, el artículo 143 presentaba una redacción que, a la postre, resultó distinta de la que se quedaría definitivamente fijada en el texto vigente. Así, el tenor literal de este primer paso legislativo fue el siguiente:» *Los Mandos Militares que promuevan el parte o el denunciante, según el caso, y siempre el Fiscal Jurídico*

Militar, podrán apelar la resolución que dicte el Juez Togado en los supuestos a que se refieren las normas primera, segunda y tercera del art. 141 de esta Ley. Establecía en su segundo párrafo que «A tal efecto, los Jueces Togados Militares comunicarán por el medio más rápido posible la resolución adoptada en las diligencias previas al Mando Militar promotor del parte. La resolución adoptada se notificará en todo caso al Fiscal y al denunciante si constare su domicilio».

En este caso, el Proyecto de la LPM dejaba fuera de las opciones de recurso de apelación al perjudicado, del mismo modo que no había previsto su personación en el párrafo primero del artículo 141, y además limitaba la impugnación a las resoluciones de los ordinales primero a tercero, es decir en todos los casos de inexistencia de delito y de degradación de conducta delictiva a falta disciplinaria y falta penal. La redacción definitiva no llevó a cabo ninguna limitación material en el recurso de apelación contra cualquiera de los Autos que el artículo 141 prevé en sus seis supuestos.

Finalmente, a los efectos de interposición de recurso, el artículo 143 en la versión del Proyecto distinguía entre la comunicación al Mando Militar promotor del parte y la notificación al Fiscal Jurídico Militar y al denunciante, mientras que la versión consolidada utiliza el verbo comunicar para el Mando Militar y el Fiscal Jurídico Militar y el verbo notificar para el denunciante y el perjudicado, parte ésta que tampoco se había previsto su opción de recurso en consonancia con el texto previo del artículo 141.

En relación a los criterios de interpretación que nos otorgan los antecedentes legislativos y los trabajos parlamentarios preparatorios de los preceptos actualmente en vigor, cabe deducir que el legislador de 1987 y de 1989 no quiso que las diligencias previas fueran más que un medio de prevenir el procedimiento penal, estando orientadas a la fijación de la naturaleza y circunstancias del hecho, en esencia, y de las personas responsables y del procedimiento a aplicar.

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS DILIGENCIAS PREVIAS Y SU UBICACIÓN SISTEMÁTICA EN LA LPM

Desde una óptica interpretativa de tinte sistemático, las diligencias previas como procedimiento dentro del ámbito de aplicación de la LPM se encuentran incluidas en la Sección 1ª, del Capítulo II, del Título I, del Libro II del citado cuerpo legal, dentro de la rúbrica legal «De la prevención de los procedimientos», donde, como ya se ha apuntado, se desarrollan tanto las propias diligencias previas como los atestados.

La primera pregunta que se debe plantear en este sentido es si los dos únicos medios de prevención de los procedimientos que el ordenamiento prevé, en la órbita procesal y penal castrense, son las diligencias previas y los atestados¹⁷.

Una primera y rápida respuesta sería que no. En efecto, ¿cómo van a ser las diligencias previas un medio de prevención de los procedimientos si el propio artícu-

¹⁷ CLAVER VALDERAS, J.M., (1995), *Las Diligencias Previas (artículos 141 a 143)*, en Comentario a las Leyes Procesales Militares, Tomo II, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, pp.1452 y ss.

lo 129 de la LPM dispone que los procedimientos judiciales ordinarios que pueden instruir los Jueces Togados sean las diligencias previas y los sumarios? Obviamente no puede ser articulado como medio de prevención aquello que al mismo tiempo es lo que legislador desea prevenir, es decir el procedimiento penal ordinario. Por tanto, al ubicación sistemática de la regulación de las diligencias previas ya es, de arranque, criticable en cuanto se sitúa bajo una rúbrica que no corresponde a su situación real, es decir las diligencias previas no son un medio de prevención de los procedimientos ordinarios, ya que ellas mismas son un procedimiento penal¹⁸.

En mi opinión, el análisis de los precedentes legislativos de la LPM y de la redacción del Proyecto arroja la solución al defecto legal observado. El artículo 141, en la versión del proyecto, como se ha analizado en las líneas precedentes, preveía que los Jueces Togado podían «*prevenir la formación de un procedimiento penal, mediante la práctica de aquellas diligencias...*». De ello se infiere que la naturaleza pretendida de las diligencias previas coincidía con la que quedaba plasmada tanto en el Código de Justicia Militar de 1890 como en el de 1945, es decir un verdadero procedimiento previo, una serie de actuaciones judiciales desprovistas de carácter penal que pretendieran la fijación de la naturaleza de los hechos objeto de investigación y la naturaleza del verdadero procedimiento a seguir. Sin más, y de ahí que se alojaran en la sistemática de la Ley en la rúbrica «De la prevención de los procedimientos».

A pesar de que el Código de 1890 no contenía prevención alguna al respecto, el Código de 1945 tanto en la Exposición de Motivos como en el artículo 518 preceptuaba que en las diligencias previas «*no se considerará a nadie como inculpado o presunto responsable y en su virtud podrá decretarse en ellos, mientras conserven tal carácter, la detención ni prisión de persona alguna, ni se adoptarán medidas respecto de sus bienes*». Se está, por tanto, ante una evolución incoherente de la regulación de las diligencias previas ya que de ser un estadio procesal previo pasa a ser en la LPM un verdadero procedimiento ordinario. El reconocimiento explícito de las facultades otorgadas al Juez Togado de poder acordar la detención, la prisión y otras medidas cautelares de carácter real implica, sin duda, que en la actualidad estamos ante un verdadero procedimiento, pues las medidas referenciadas son propias de éste¹⁹.

¹⁸ CLAVER VALDERAS, J.M., *Las Diligencias Previas ...*, p. 1455. Estima el autor que «*Nuestra primera consideración al respecto debe ser crítica en cuanto a la ubicación sistemática de la regulación de las diligencias previas, ya que las mismas no constituyen, junto con los atestados militares, los dos medios de prevención de los procedimientos tal y como parece desprenderse de la denominación del Capítulo en que ambos se integran. Dicha naturaleza sí es la presentada por estos últimos – los atestados – pero no es el caso de las diligencias previas que son ya un verdadero procedimiento ordinario penal militar*».

¹⁹ CLAVER VALDERAS, J.M., *Las Diligencias Previas ...*, p. 1455 : «*Aunque, incoherentemente con ello, en ese proyectado artículo ya se recogía la posibilidad de que el Juez Togado adoptase las medidas cautelares previstas en esa ley, lo que denota la confusión que existía en aquel proyecto de ley sobre la naturaleza a atribuir a las diligencias previas, puesto que, si por un lado, no le reconocía la condición de procedimiento penal, por otro sin embargo sí le otorgaba facultades que son solo propias de unas actuaciones de esa índole. Posteriormente, al recibir dicho precepto en el Senado su redacción vigente, que –según entiendo– le confirma su naturaleza penal, no se modificó sin embargo su inclusión dentro de aquel Capítulo II, previsto para la prevención de los procedimientos, y de ahí la anómala situación actual*».

Sin perjuicio de lo anterior, es especialmente significativo como la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (en adelante LOCO) en su Título VII, bajo la rúbrica «De la prevención de los procedimientos», no se incluye mención alguna a las diligencias previas, manteniendo como propio del mismo sólo los atestados militares.

Por tanto, como primera conclusión cabe afirmar que las diligencias previas constituyen un verdadero procedimiento penal militar, separándose significativamente de la naturaleza que el legislador histórico quiso dotar a las también llamadas diligencias previas, las cuales, a pesar de su carácter judicial, carecían del carácter propio de un procedimiento²⁰. Como ya se ha apuntado, la facultad de poder acordar medidas cautelares de carácter personal puede marcar, así, la línea divisoria entre un verdadero y cierto procedimiento penal militar y una mera fase procedimental de carácter preparatorio y previo²¹.

¿Cuál es la posición doctrinal respecto de la naturaleza de las diligencias previas? LORCA NAVARRETE considera que las diligencias previas no son un producto original y que son una versión reducida del llamado procedimiento abreviado introducido en la LECRIM, por la Ley 7/1988, de 28 de diciembre, en los artículos 790 y siguientes, pero con una diferencia sustancial: en las diligencias previas militares éstas son la antesala del Sumario o de las diligencias preparatorias, mientras que el procedimiento abreviado son el basamento de un proceso penal acusatorio puro y constituyen la antesala del juicio oral²².

Esta posición doctrinal es, cuando menos, discutible en tanto que, como se ha podido apreciar en la exposición de los antecedentes legislativos de los códigos de 1890 y de 1945, las diligencias previas es un «producto» original de la jurisdicción militar, ya que la LECRIM, en su regulación original de 1889, no incluía ningún instrumento procesal para la prevención de los procedimientos. En ambos códigos históricos la función de las diligencias previas quedaba establecida de modo diáfano: la depuración de la naturaleza de los hechos que, en un principio, no son claramente constitutivos de delito o de falta. La labor de depuración del hecho como estadio previo al verdadero procedimiento penal militar hizo de las diligencias previas un

²⁰ En la misma Exposición de Motivos se indica que «*las diligencias previas se han acentuado su carácter judicial pudiendo adoptarse medidas en Orden al aseguramiento de las personas*».

²¹ En la LPM, en el Libro III se regulan los llamados procedimientos especiales, frente a los ordinarios previstos en el artículo 129, ya citado, dando acogida en el Título I a las llamadas diligencias preparatorias, reguladas de los artículos 384 a 396, subdividido en tres capítulos: el primero «Disposiciones generales» (artículos 384 a 388), el segundo «De las diligencias preparatorias» (artículos 389 a 392) y el tercero «Del juicio oral» (artículos 393 a 396). El procedimiento sumarísimo queda ubicado en el Título II, de los artículos 397 a 406, el procedimiento contra reos ausentes, en el Título III, en los artículos 407 a 414 y el procedimiento para las faltas penales, cuyo ámbito se extiende de los artículos 415 a 431, dividido en dos capítulos: el primero en relación al fallo y el segundo en relación con la apelación de las sentencias dictadas por los Jueces Togados. Por último, el Título V se ocupa «del modo de proceder contra Jueces Togados Militares, Auditores Presidentes y Vocales de Tribunales Militares por causa de responsabilidad penal». También, dentro de los procedimientos especiales, quedarían incluidos los procedimientos judiciales militares no penales.

²² LORCA NAVARRETE, A.M^a, (1990), *Comentarios a la Ley Procesal Militar*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, p. 226. En este sentido es citado por ROJAS CARO, J., (1991), *Derecho Procesal Penal Militar*, Editorial Bosch, p. 271 y 272.

verdadero procedimiento de carácter judicial desprovisto de tintes penales pero, en cualquier caso, privativo de la Justicia Militar²³. En opinión de ROJAS CARO, estamos ante «*un procedimiento enteramente original de esta Jurisdicción, con honda raigambre en la misma, con gran abolengo y antigüedad ya centenaria*»²⁴.

Por otro lado, la consideración de las diligencias previas como un verdadero procedimiento penal queda ratificada en mayor medida, si cabe, si se pone en comparación con el atestado, el cual, al igual que las diligencias previas, tiene su principal antecedente histórico en nuestra codificación castrense en el Código de Justicia Militar de 1890, en su artículo 397, y en el Código de Justicia Militar de 1945, en el artículo 523²⁵.

El artículo 144 de la LPM dispone que «*Cuando se instruya un atestado de los contemplados por el artículo 115 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, el Juez Togado competente, tan pronto como tenga noticia de los hechos o reciba el atestado, incoará el correspondiente procedimiento penal, ratificando o dejando sin efecto, en su caso, la detención acordada, elevándola a prisión si hubiere méritos para ello*». Añade, por su parte, el artículo 145 del mismo cuerpo legal que «*Si los hechos que hubieren motivado el atestado acaecieren encontrándose la Unidad en lugar aislado o lejano de la sede del Juez Togado, o el buque o aeronave en navegación, y el instructor estimare que no podrá hacer entrega de lo instruido al Juez Togado en el plazo de tres días, deberá, dentro de ese plazo, dejar sin efecto la detención, salvo que el Juez Togado acordase la prisión preventiva, continuando la tramitación del atestado, que entregará a éste tan pronto como le fuese posible*»²⁶.

Es decir, habiendo llevado a cabo una primera y somera lectura del precepto, todo parece indicar que el Juez Togado incoará el correspondiente procedimiento penal – entre los que se encuentran las diligencias previas, de conformidad con el artículo 129 de la LPM – cuando se reciba el atestado o tan pronto tenga noticias de la comisión de un delito. Ello implica que el atestado sí que es un verdadero procedimiento preparatorio cuya sustantividad más importante, que no la única, se centra en la realización de aquellas diligencias procesales que sean imprescindibles para asegurar la posterior instrucción procedimental, dotándole el precepto de especial significación en lo que atañe a la medida cautelar de detención.

El artículo 115 de la LOCO, modificado por la Ley Orgánica 9/2003, de 15 de junio, y al que se remite el artículo 144 de la LPM, dispone que «*Los Oficiales Generales y Oficiales que se señalan en los números 2 al 5 del artículo 27 de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, y los Jefes de Unidad independiente, Fuerzas destacadas, aisladas o con atribuciones militares sobre un territorio, tan pronto como tengan conocimiento de la comisión de un delito de la competencia de la jurisdicción militar, perpetrado por quien les esté subordinado o*

²³ ALGORA MARCO, A. y HERNANDEZ OROZCO, J., (1963), *Código de Justicia Militar anotado*, Aguilar de Ediciones, S.A., Madrid, p.281.

²⁴ ROJAS CARO, J., *Derecho Procesal*... p. 272.

²⁵ ROJAS CARO, J., *Derecho Procesal*... p. 269 y 270.

²⁶ CLAVER VALDERAS, J.M. (1995), *El atestado militar*, Comentario a las Leyes Procesales Militares, Tomo II, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, p. 1479 y ss.

cometido en el lugar o demarcación de sus atribuciones, deberán comunicarlo por el medio más rápido posible al Juez Togado Militar competente y nombrar a un Oficial a sus órdenes, asistido de Secretario, para que incoe el correspondiente atestado. Ello sin perjuicio de las facultades disciplinarias que puedan ejercer»²⁷.

De la exégesis de este precepto de la LOCO se puede deducir que el atestado verdaderamente tendrá una naturaleza administrativa hasta que sea puesto en conocimiento del Juez Togado, quien, a través de la incoación del correspondiente procedimiento. Todo ello corrobora en mi opinión que la ubicación sistemática de las diligencias previas junto a los atestados como procedimiento preparatorios es indebida y puede dar lugar a equívocos en cuanto a la esencia de las diligencias previas. A mayor abundamiento, esta conclusión se apoya en el contenido que un atestado militar debe tener. Para ello hay que acudir al artículo 116 de la LOCO.

Este artículo 116 establece que el *«atestado se limitará a las primeras diligencias de averiguación del delito y del culpable, detención de éste, si procede, aseguramiento del mismo, levantamiento de cadáveres con asistencia de facultativo, si es posible, solicitud de autopsia si procede, asistencia a la víctima y recogida de todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito. Tan pronto como comience a actuar el Juez Togado Militar, cesarán las diligencias de prevención, entregándose el atestado a dicho Juez»*. Del tenor literal se deducen varias características que confirman que el atestado con un conjunto de diligencias previas o de prevención que alcanzan virtualidad cuando se incorporan a la causa debidamente incoada en la forma legalmente prevista como, por ejemplo, en unas diligencias previas²⁸.

En primer lugar, el atestado afronta *«las primeras diligencias de averiguación del delito y del culpable»*, de lo que debe extraerse que el conjunto de las mismas no debe ubicarse en el seno del atestado sino que habrán de dejarse para un verdadero procedimiento penal, ya que en él el diligenciamiento de las mismas está rodeado de las garantías esenciales del procedimiento. Fundamentalmente, entre ellas, el derecho a la asistencia letrada.

Las diligencias a ejecutar son aquellas que por su urgencia deben ser llevadas a cabo con celeridad y precisión si no se quiere desvirtuar el objeto del proceso, tales como la detención de culpable, el aseguramiento del mismo, levantamiento de cadáveres con asistencia de facultativo y, si es posible, solicitud de autopsia si procede, la asistencia a la víctima y la recogida de todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito.

Estas diligencias de prevención, una vez que se tenga conocimiento del Juez competente que está conociendo de los hechos, cesarán y tendrán que ser remitidas a la autoridad instructora.

²⁷ BAENA CAZENAVE, A. (1995), *De la prevención de los procedimientos*, Comentario a las Leyes Procesales Militares, Tomo I, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, p. 620 y ss.

²⁸ Coincido en este sentido con BAENA CAZENAVE, A. (1995), *De la prevención de los procedimientos*, p. 623, cuando el autor estima que *«el atestado tiene una naturaleza administrativa, pues el Oficial que lo realiza, asistido por un Secretario, no está investido de potestad jurisdiccional y por tanto presenta una neta diferencia de las diligencias previas y del sumario que si tienen en puridad de términos naturaleza judicial»*.

IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS DILIGENCIAS PREVIAS Y SU COMPARACIÓN CON LAS DILIGENCIAS PREVIAS DE LA LECRIM

Para valorar convenientemente lo anterior, se debe, inexcusablemente, hacer un breve análisis comparativo entre las diligencias previas de la LPM y las diligencias previas de la LECRIM, introducidas, como ya se ha indicado, por la Ley 7/1988.

Cambiando la sistemática originaria²⁹ de la Ley 7/88,³⁰ y a pesar de la reforma que supuso en este sentido la Ley 10/1992, de 30 de abril³¹ y la Ley Orgánica 2/1998, de 15 de junio, la redacción actual viene dada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre encuadra las diligencias previas dentro del procedimiento abreviado en el Título II y en concreto en los artículos 774 a 779, ocupando el Capítulo III.

El procedimiento penal abreviado queda, por tanto, sistemáticamente situado dentro de los «Procedimientos Especiales», lo cual arroja una primera conclusión que permite diferenciar nítidamente las diligencias previas de una y otra legislación procesal. Las diligencias previas de la LPM son un verdadero procedimiento ordinario y no está encuadrado dentro de los procedimientos especiales, mientras que las diligencias previas de la LECRIM sí que están alojadas dentro de la sistemática que dicha ley procesal reserva a los procedimientos especiales.

Ceñido únicamente a las diligencias previas, éstas vienen reguladas en los artículos 774 y siguientes.

El artículo 774 establece que *«Todas las actuaciones judiciales relativas a delitos de los comprendidos en este Título se registrarán como diligencias previas y les será de aplicación lo dispuesto en los artículos 301 y 302»*. Para poder determinar qué tipo de delitos darán lugar a la incoación y tramitación de este tipo de diligencias previas se debe acudir al artículo 757, que encabeza el Título II, a cuyo tenor establece que *«Sin perjuicio de lo establecido para los procesos especiales, el procedimiento regulado en este Título se aplicará al enjuiciamiento de los delitos castigados con pena*

²⁹ En un principio, las diligencias previas se incluían dentro del denominado Procedimiento Penal Abreviado, el cual estaba previsto en el Libro IV de la LECRIM, en concreto dentro del Título III que se titulaba «Del Procedimiento abreviado para determinados delitos», que se extiende de los artículos 779 a 799, divididos en cuatro capítulos: «Disposiciones Generales» (artículos 779 al 789); «De la preparación del juicio oral» (artículos 790 a 791); «Del juicio oral» (artículos 792 a 797) y «De la ejecución de las sentencias» (artículos 798 y 799).

³⁰ Como ya se ha indicado la inclusión del procedimiento penal abreviado, y con él las diligencias previas, vino operada por la entrada en vigor de la ley Orgánica 7/88 de 28 de diciembre, por la que se crearon los Juzgados de lo Penal, modificando tanto la LOPJ como la LECRIM. Su entrada en vigor se produjo en dos fechas dispares. El 1 de marzo de 1989 en lo que atañía al procedimiento abreviado y el 27 de diciembre de 1989 respecto de la creación de los Juzgado de lo Penal. Además, se ha de recordar que la justificación última de esta reforma procesal fue la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/88 de 12 de junio, en la que se declaró el carácter inconstitucional y contrario a la imparcialidad judicial que un mismo Juez pudiese instruir y sentenciar una causa.

³¹ Esta Ley 10/92, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal, introdujo los llamados «juicios rápidos» o «procedimiento abreviadísimo», si bien no creo un nuevo tipo de procedimiento, la virtualidad de esta ley radicó en la alteración de la propia naturaleza del procedimiento abreviado fuerte que agilizó notablemente su tramitación procesal, al prever la posibilidad de pasar por encima del procedimiento preliminar y acceder directamente al juicio oral.

privativa de libertad no superior a nueve años, o bien con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración».

La remisión expresa a los artículos 301 y 302 de la LECRIM también merece especial atención ya que, en virtud del primero, las diligencias previas serán secretas *«hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente Ley»*, con las obligaciones derivadas de dicha situación³² y, en virtud del segundo, en tanto que *«Las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento»*³³.

De lo anterior se puede extraer una diferencia más entre el tratamiento de las diligencias previas en la LECRIM y en la LPM. Así, en las primeras su propio ámbito de aplicación legalmente establecido queda ceñido a un tipo determinado de delitos, mientras que en la legislación castrense es precisamente objetivo y fin de las diligencias previas el determinar si los hechos pueden o no ser constitutivos de delito. En el primer caso, se está ante un verdadero procedimiento penal de carácter jurisdiccional, mientras que en el segundo, como ya se ha apuntado, se está ante un procedimiento judicial si bien no se le puede tildar de penal, en tanto en cuanto una de las funciones del mismo es determinar esa cualidad.

Una vez que se ha iniciado el procedimiento, el Auto de incoación dictado por el Juez Togado competente³⁴ se pondrá en conocimiento, según el artículo 131 de la LPM, del Tribunal Militar que corresponda, *«con indicación de la presunta infracción y de sus responsables»*, del Fiscal Jurídico Militar, *«al que enviará, además, copia de las resoluciones apelables que dicte, cuando no proceda notificarla directamente»* y al Jefe de la Unidad *«de los militares que resulten imputados y se encuentren en servicio activo»*.

El artículo 775 dispone que *«En la primera comparecencia el Juez informará al imputado, en la forma más comprensible, de los hechos que se le imputan. Previamente, el Secretario le informará de sus derechos y le requerirá para que designe un domicilio en España en el que se harán las notificaciones, o una persona que las reciba en su nombre, con la advertencia de que la citación realizada en dicho domicilio o a la persona designada permitirá la celebración del juicio en su ausencia en los supuestos previstos en el artículo 786»*, añadiendo en su párrafo segundo que *«Tanto antes*

³² En concreto, el artículo 301 dispone que *«El Abogado o Procurador de cualquiera de las partes que revelare indebidamente el secreto del sumario, será corregido con multa de 250 a 2.500 pesetas. En la misma multa incurrirá cualquier otra persona que no siendo funcionario público cometa la misma falta. El funcionario público, en el caso de los párrafos anteriores, incurrirá en la responsabilidad que el Código Penal señale en su lugar respectivo»*.

³³ Precepto redactado por la Ley 53/1978, de 4 de diciembre.

³⁴ En este sentido el artículo 133 de la propia LPM, en relación con el principio de cooperación jurisdiccional, establece que *«Las diligencias judiciales que hayan de practicarse fuera de la circunscripción de un Juzgado se realizarán por medio del auxilio judicial»*, matizando, por vía de excepción, el segundo párrafo de este artículo que *«cuando el lugar donde hayan de practicarse estuviera fuera de su jurisdicción pero próximo al de su sede y hubiera peligro de demorar su práctica, podrá el Juez ejecutarla por sí mismo, trasladando el Juzgado a aquel lugar, dando inmediata cuenta de ello al Juez Togado del Territorio donde se realizase, así como al Tribunal Territorial de que dependa»*.

como después de prestar declaración se le permitirá entrevistarse reservadamente con su Abogado, sin perjuicio de lo establecido en el apartado c del artículo 527».

A pesar del simple carácter judicial de las diligencias previas de la LPM, en éstas nada impide expresamente la posibilidad de ser asistido el imputado con asistencia letrada, como garantía del procedimiento al amparo del artículo 24 de la Carta Magna, o incluso la propia personación como acusación particular, la cual también queda recogida para las diligencias previas de la LECRIM, en el artículo 776.

Éste encarga al secretario judicial la información tanto al ofendido como al perjudicado de los derechos que le asisten *«en los términos previstos en los artículos 109 y 110, cuando previamente no lo hubiera hecho la Policía Judicial»*³⁵. Específicamente, el precepto establece que *«se instruirá de las medidas de asistencia a las víctimas que prevé la legislación vigente y de los derechos mencionados en la regla 1 del artículo 771»*. Una vez personado, obviamente, podrán *«tomar conocimiento de lo actuado e instar la práctica de diligencias y cuanto a su derecho convenga, acordando el Juez lo procedente en orden a la práctica de estas diligencias»*.

El artículo 777 establece que *«El Juez ordenará a la Policía Judicial o practicará por sí las diligencias necesarias encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano competente para el enjuiciamiento, dando cuenta al Ministerio Fiscal de su incoación y de los hechos que la determinen»*, empleándose a tal fin todos los medios comunes y ordinario *«que establece esta Ley, con las modificaciones establecidas en el presente Título»*³⁶.

El contenido del artículo 777 recuerda, sin duda, al del artículo 141 de la LPM. Éste dispone que las diligencias previas tengan por objeto *«las actuaciones esenciales para determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él han participado y el procedimiento penal aplicable»*. En comparación, el artículo de la LECRIM atribuye a sus diligencias previas no exactamente los mismos objetivos. En efecto, mantiene el de *«determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado»*, pero difiere en la determinar *«el órgano competente para el enjuiciamiento»*.

De ambos tenores literales, se infiere una diferencia esencial entre los dos tipos de diligencias previas. Mientras que las de la LPM están orientadas, entre otros

³⁵ El párrafo segundo de este artículo dispone que *«La imposibilidad de practicar esta información por la Policía Judicial o por el secretario judicial en comparecencia no impedirá la continuación del procedimiento, sin perjuicio de que se proceda a realizarla por el medio más rápido posible»*.

³⁶ Así, el párrafo segundo establece una especialidad al respecto de la tramitación procesal del procedimiento y, en concreto, en relación a la práctica de la prueba disponiendo que *«Cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes»*. Ello implica inexorablemente que *«Dicha diligencia deberá documentarse en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o por medio de acta autorizada por el Secretario judicial, con expresión de los intervinientes»*. Finaliza este párrafo preceptuando que *«A efectos de su valoración como prueba en sentencia, la parte a quien interese deberá instar en el juicio oral la reproducción de la grabación o la lectura literal de la diligencia, en los términos del artículo 730»*.

finés, a las determinadas del procedimiento penal aplicable, las de la LECRIM están dirigidas, también entre otras funciones, a la fijación del órgano competente para el enjuiciamiento.

Por tanto, si uno de los fines de la diligencias previas de la LPM es la determinación del «*procedimiento penal aplicable*», se confirma que las mismas tienen una naturaleza jurídica de verdadero procedimiento judicial, tal y como lo corrobora en el artículo 129 de la LPM, pero careciendo del carácter de penal.

Finalmente el artículo 779, dispone que «*Practicadas sin demora las diligencias pertinentes³⁷, el Juez adoptará mediante auto alguna de las siguientes resoluciones³⁸:*»

1. Si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, acordará el sobreseimiento que corresponda notificando dicha resolución a quienes pudiera causar perjuicio, aunque no se hayan mostrado parte en la causa. Si, aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiere autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional y ordenará el archivo.
2. Si reputare falta el hecho que hubiere dado lugar a la formación de las diligencias, mandará remitir lo actuado al Juez competente, cuando no le corresponda su enjuiciamiento.
3. Si el hecho estuviese atribuido a la jurisdicción militar, se inhibirá a favor del órgano competente. Si todos los imputados fuesen menores de edad penal, se dará traslado de lo actuado al Fiscal de Menores para que inicie los trámites de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor.

³⁷ Cabe destacar, en relación con la práctica de la prueba, como las diligencias previas de la LECRIM incluyen un precepto específico en lo que atañe a la prueba pericial, mientras que en la LPM no hay mención alguna bastando con la remisión al procedimiento ordinario. *El artículo 778 dispone en este sentido lo siguiente: «1. El informe pericial podrá ser prestado sólo por un perito cuando el Juez lo considere suficiente. 2. En los casos de lesiones no será preciso esperar a la sanidad del lesionado cuando fuera procedente el archivo o el sobreseimiento. En cualquier otro supuesto podrá proseguirse la tramitación sin haberse alcanzado tal sanidad, si fuera posible formular escrito de acusación. 3. El Juez podrá acordar, cuando lo considere necesario, que por el médico forense u otro perito se proceda a la obtención de muestras o vestigios cuyo análisis pudiera facilitar la mejor calificación del hecho, acreditándose en las diligencias su remisión al laboratorio correspondiente, que enviará el resultado en el plazo que se le señale. 4. El Juez podrá acordar que no se practique la autopsia cuando por el médico forense o quien haga sus veces se dictaminen cumplidamente la causa y las circunstancias relevantes de la muerte sin necesidad de aquélla. 5. El Juez podrá ordenar que se preste la asistencia debida a los heridos, enfermos y cualquier otra persona que con motivo u ocasión de los hechos necesite asistencia facultativa, haciendo constar, en su caso, el lugar de su tratamiento, internamiento u hospitalización. 6. El juez podrá autorizar al médico forense que asista en su lugar al levantamiento del cadáver, adjuntándose en este caso a las actuaciones un informe que incorporará una descripción detallada de su estado, identidad y circunstancias, especialmente todas aquellas que tuviesen relación con el hecho punible»*. Baste indicar que este último número debe su redacción a la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

³⁸ El párrafo segundo de este precepto dispone que «*En los tres primeros supuestos, sino hubiere miembro del Ministerio Fiscal constituido en el Juzgado, ni hubieren interpuesto recurso las partes, se remitirán las diligencias al Fiscal de la Audiencia, el que, dentro de los tres días siguientes a su recepción, las devolverá al Juzgado con el escrito de interposición del recurso o con la fórmula de visto, procediéndose seguidamente en este caso a la ejecución de lo resuelto*».

4. Si el hecho constituyera delito comprendido en el artículo 757, seguirá el procedimiento ordenado en el capítulo siguiente. Esta decisión, que contendrá la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan, no podrá adoptarse sin haber tomado declaración a aquella en los términos previstos en el artículo 775.
5. Si, en cualquier momento anterior, el imputado asistido de su abogado hubiere reconocido los hechos a presencia judicial, y estos fueran constitutivos de delito castigado con pena incluida dentro de los límites previstos en el artículo 801, mandará convocar inmediatamente al Ministerio Fiscal y a las partes personadas a fin de que manifiesten si formulan escrito de acusación con la conformidad del acusado. En caso afirmativo, incoará diligencias urgentes y ordenará la continuación de las actuaciones por los trámites previstos en los artículos 800 y 801.

V. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, se puede afirmar que las diligencias previas de la LECRIM son esencialmente diferentes a las de la LPM, ya que las primeras constituyen una verdadera fase de instrucción de un procedimiento especial como es el abreviado, en el seno de la jurisdicción ordinaria. Es, por tanto, la antesala de la fase de juicio oral para el enjuiciamiento y fallo de un concreto tipo de delitos. En cambio, las diligencias previas castrenses no son antesala de ningún juicio oral y ni siquiera, en muchos casos, llegan a ser un procedimiento fundamentalmente instructor ya que su razón de ser se encuentra, en mi opinión, en la determinación del hecho concreto, en la fijación de los mismos y, una vez perfiladas las grandes líneas maestras de la *notitia criminis*, poder atribuir al enjuiciamiento de ésta uno de los procedimientos que la ley procesal militar admite³⁹.

Aun así, y sin perjuicio de lo anterior, no es menos cierto que no hay una total desvinculación entre ambos procedimientos, toda vez que la regulación de la LECRIM tiene aplicación supletoria en lo no previsto en la LPM, a pesar de la distinta naturaleza jurídica de ambas⁴⁰.

³⁹ Así, CLAVER VALDERAS, en *Las Diligencias Previas ...*, p. 1457, considera que «las diligencias previas del proceso militar habrán de incoarse, como ya se ha visto, cuando el hecho transmitido al juzgado, pese a poder ser originador de responsabilidad penal, no se desprende en principio que presente caracteres claros de un presunto delito militar, ya que, si así lo fuera, debería entonces tramitarse directamente sumario o diligencias preparatorias. Por otro lado, estas diligencias previas militares nunca son la antesala del juicio oral, puesto que si de su tramitación se confirma que el hecho presenta efectivamente naturaleza delictiva, habrán de transformarse aquellas en los citados procedimientos de sumario o diligencias preparatorias –según sea el delito–, siempre en sus fases de instrucción, tras la que procederá en su caso la apertura de sus respectivos periodo de juicio oral».

⁴⁰ La propia Disposición Adicional Primera de la LPM admite que la LECRIM y sus disposiciones complementarias serán aplicables a los procedimientos penales militares, que se regirán por dichas normas en cuanto no se regule y no se oponga a dicho texto procesal castrense. En este sentido, véase DE ARANDA Y ANTÓN, G., (1995), *Disposición Adicional 1ª*, en Comentario a las Leyes Procesales Militares, Tomo II, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, pp.2248– 2255. El autor estima que la LECRIM será de aplicación en dos supuestos: en primer

Como se puede advertir con facilidad, el auto de incoación de diligencias previas está íntimamente ligado con las funciones que la ley procesal reserva a este tipo de procedimiento. La influencia del antiguo artículo 789.5 de la LECRIM en la redacción del artículo 141 de la LPM es innegable por la similitud de los tenores literales de ambos preceptos, lo cual no obsta para que los fines marcados para estos procedimientos deban tener el mismo paralelismo en ambas legislaciones.

El artículo 141, como ya se ha reiterado, dispone que la esencia de las diligencias previas es la de «*determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que han participado y el procedimiento penal aplicable*. Por su parte, también como ya se ha apuntado, el artículo 777 preceptúa que «*El Juez ordenará a la Policía Judicial o practicará por sí las diligencias necesarias encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano competente para el enjuiciamiento*». Teniendo en cuenta la distinta naturaleza jurídica de las diligencias previas de la LPM y de la LECRIM, ¿están encaminadas a la consecución de los mismos fines?

En mi opinión, el núcleo de las diligencias previas es la determinación de los hechos y si los mismos pueden presentar caracteres de delito. Esa es la verdadera esencia de las diligencias previas, cediendo en importancia, por tanto, las otras dos que el artículo 141 indica, es decir las personas y el procedimiento aplicable⁴¹.

En relación con la primera, cabe apuntar que la determinación de las personas que hayan participado en la comisión del tipo delictivo debe quedar ceñida a ese tipo concreto, el cual exigiría su instrucción en el seno de un sumario o de unas diligencias preparatorias. Además, el artículo 146 de la LPM⁴², que encabeza la regulación del sumario, dispone que en éste se incluye las actuaciones y diligencias procesales «*encaminadas al esclarecimiento y comprobación del delito, determinación de las responsabilidades exigibles y adopción de medidas precautorias respecto a la per-*

lugar, en defecto de regulación concreta en la LPM, adoptando en este caso el papel de norma supletorias y, en segundo lugar, en todo aquello que no se oponga a la norma procesal militar, actuando, en este caso, como norma complementaria. Considera que en este precepto se está ante el denominado «principio de complementariedad del proceso militar respecto del Código Procesal Común», citando a MESSINA R. (1974), *Compendio di procedura penale militare*, Milano–Dott, A. Giuffré editore.

⁴¹ Coincido, en este sentido con CLAVER VALDERAS, J.M., *Las Diligencias Previas...* p. 1456, cuando afirma que «*Aunque a mi juicio, en realidad el único fin concreto de las mismas es solo determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, para poder constatar si el mismo efectivamente presenta o no caracteres de un tipo penal, y al objeto, en caso afirmativo, de acordar el procedimiento definitivamente aplicable, o, en el supuesto negativo, de disponer el archivo de las actuaciones*». Considera el autor que determinar qué personas han participado en los hechos objeto de enjuiciamiento «*no es un fin sustancial o imprescindible de dichas diligencias previas castrenses, puesto que en el momento en que se constate la posible comisión de delito deberá acordarse la formación de sumario o diligencias preparatorias, aunque no se conozcan los presuntos responsables del mismo*».

⁴² En la LECRIM, el artículo 299 dispone que «*Constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delinquentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos*». También tiene un apartado expresamente dedicado a la identificación del delincuente y sus circunstancias personales que se extiende de los artículos 368 a 384 del mismo cuerpo legal.

sona y bienes del presunto culpable». Nótese como el precepto citado ya habla de delito y no hace referencia, en consecuencia, simplemente a hechos. Si el sumario está encaminado, una vez que se han perfilado los caracteres delictivos de los hechos, a la determinación de las responsabilidades exigibles al presunto culpable, parece claro que la esencia de las diligencias previas es el hecho y su naturaleza o no delictiva, y no la determinación de las personas que han participado. A mayor abundamiento, los artículos 154 y siguientes de la LPM, están expresamente consagrados a la «*identificación del delincuente y la comprobación del delito*»⁴³.

En relación con la segunda de las funciones superfluas del artículo 141, la que hace referencia a la naturaleza del procedimiento penal aplicable, cabe hacer las siguientes precisiones. Como ya he expuesto, el artículo 129 de la LPM cataloga los procedimientos penales militares ordinarios en dos tipos: las diligencias previas y los sumarios. De aquí surge la primera contradicción legislativa, ¿cómo es posible que un procedimiento penal militar, las diligencias previas, pueda tener como objeto la determinación de sí mismo, es decir que el procedimiento penal aplicable sea diligencias previas?

Sin perjuicio de lo ilógico de lo anterior, sí que parece más razonable entender que las diligencias previas pudiesen estar orientadas a incluir los hechos dentro de un procedimiento penal judicial ordinario, como el sumario, o en un procedimiento especial, habitualmente, el de diligencias preparatorias. Pero esta función queda subsumida en la anteriormente comentada como esencial. En efecto, una vez que se determina la naturaleza del hecho se puede precisar como mayor o menor éxito si ese presunto delito es de los que da lugar a la formación de un sumario o, en cambio, de diligencias preparatorias.

⁴³ Desde la óptica procesal, si a lo largo de la instrucción no se logra acreditar las personas que hayan participado en la comisión de un tipo penal castrense, se deberá proceder a declarar el sobreseimiento provisional, del artículo 247 de la LPM, en virtud del segundo motivo, que reza que procederá «*Cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar de él a determinada persona como autor, cómplice o encubridor*». En la LECRIM, dicha opción viene reflejada, también como sobreseimiento provisional, en el artículo 641. 2ª al admitir el mismo «*Cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores*». Sobre el sobreseimiento provisional en la LECRIM, véase VILLAMARIN LÓPEZ, M.L. (2003), *El sobreseimiento provisional en el proceso penal*, Centro de Estudios Ramón Areces; DAMIÁN MORENO, J., (1995), *La «inquisitio generalis» como alternativa al sobreseimiento provisional: a propósito del auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 26 de octubre de 1994*, La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Nº 1, pp. 950-955; FERNANDEZ-ESPINAR, G., (1997), *Acotaciones a una delimitación del sobreseimiento provisional en el ordenamiento procesal español*, La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Nº 1, pp. 2021-2024, MASCARELL NAVARRO, M.J., (1993), *El sobreseimiento provisional en el proceso penal español: doctrina, jurisprudencia y formularios*, Valencia : General de Derecho y SEGRELLES DE ARENAZA, I., (1994), *Sobreseimiento provisional, reapertura del proceso y derechos fundamentales*, Cuadernos de política criminal, Nº 54, pp. 1053-1075.

5. EL CONDUCTO REGLAMENTARIO EN LAS FUERZAS ARMADAS Y LA GUARDIA CIVIL A LA LUZ DE LA NUEVA LEGISLACIÓN: ¿ES POSIBLE QUE HAYA DESAPARECIDO?

*Abraham Martínez Alcañiz.
Teniente Auditor.*

*Miguel Alía Plana.
Comandante Auditor.*

SUMARIO: I. Introducción. II. Concepto del conducto reglamentario. III. Antecedentes. IV. Regulación vigente. V. Finalidad del cauce regular. 5.1. Problemática actual. 5.2. Relaciones entre la ley y el reglamento: el problema y sus posibles soluciones. VI. Las leyes disciplinarias de las fas y de la guardia civil respecto del conducto reglamentario. 6.1. Breve análisis del art. 7.14 de la LORDFAS y del art. 9.8 de la LORDGC. 6.2. Exigencia del conducto reglamentario dentro de la LORDFAS y de la LORDGC. 6.3. Excepciones al conducto reglamentario. VII. Nuevas tendencias: procedimiento electrónico, SIPERDEF y el derecho al acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. VIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN.

Mediante este trabajo planteamos una hipótesis: la regulación actual del conducto reglamentario, una vez derogada la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, ha quedado muy reducida en las nuevas Reales Ordenanzas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, y en las Leyes Disciplinarias de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil (que castigan su incumplimiento sin establecer qué cosa es) por lo que debería modificarse a fin de contener dicha figura jurídica, de nuevo, en una norma de rango legal. Y ello es así porque en la actualidad, la regulación del conducto reglamentario, como obligación procesal administrativa limitadora de derechos, mediante un Real Decreto, colisiona con lo establecido en la Constitución y en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen

Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJAP-PAC).

A lo largo de los dos últimos años se han producido numerosos cambios legislativos en las Fuerzas Armadas (FAS) y la Guardia Civil. Entre ellos, se destacan la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar; la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil (LORDGC); 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 96/2009, de 6 de febrero, de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas. Con su aprobación se han producido modificaciones importantes para ambas Instituciones, alguna, incluso, de gran relevancia pública. Sin embargo, otros cambios que no han tenido tal repercusión, desde nuestro punto de vista han ocasionado ciertas lagunas jurídicas, que deberían ser objeto de un estudio pormenorizado y sosegado. Resulta evidente que la mera lectura del título del presente artículo nos advierte al respecto, en concreto, sobre la posible desaparición del conducto reglamentario a la luz de la derogación de la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas y, su posterior deslegalización, y la consiguiente aprobación del Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, de las nuevas Reales Ordenanzas, que, como se puede ver, carecen del rango normativo de ley.

II. CONCEPTO DEL CONDUCTO REGLAMENTARIO.

Dentro de las normas que regulan los derechos y deberes de los miembros de ambas Instituciones y, a su vez, en su régimen disciplinario, se contiene una figura jurídica que goza de gran arraigo, el conducto reglamentario. Muchas veces, en vez de hablar del mismo, se utiliza la expresión de cauce regular, debiéndose significar, que ambas expresiones tienen análogo significado. El Diccionario de la Real Academia Española define el conducto, dentro de una de sus acepciones, como el medio o vía que se sigue en algún negocio; mientras que por reglamentario, se entiende todo aquello preceptuado y exigido por alguna disposición obligatoria. Así pues, podría definirse dicha figura jurídica, en el seno de la Administración Pública, como aquella vía procedimental que debe ser utilizada en las peticiones, instancias, solicitudes, quejas o recursos cursados, siempre que sea exigido por una norma obligatoria; se significa a su vez, que tal cauce regular no tiene que confundirse con la autoridad a la cual va dirigido el escrito, es decir, el destinatario del escrito debe de ser la autoridad competente, si bien dicho escrito debe de cursarse a través del jefe superior inmediato, quien deberá remitirlo al destinatario. En la práctica, la mayoría de las veces el cauce reglamentario se exige a la hora de presentar una solicitud, instancia, recurso o queja, especialmente en las instituciones militares y en la Policía.

La jurisprudencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo (Sentencia de 10 de marzo de 1995) ha relacionado la exigencia del conducto reglamentario con la disciplina, al indicar que: «*el conducto reglamentario lo debe observar todo militar, por tradicional y rigurosa exigencia de la disciplina y que le impone la obligación de cursar los escritos que contengan peticiones a su superior jerárquico, a través de sus inmediatos jefes (...)*». Así pues, dicho Tribunal concibe el conducto regular como una manifestación de la disciplina, la jerarquía y tradición militar.

III. ANTECEDENTES.

Como antecedentes remotos, podemos encontrar la Real Orden Circular de 26 de abril de 1923, por la cual se daban reglas para la tramitación de las instancias que se recibieran en ese Ministerio (se refiere al del Ejército) fuera del conducto reglamentario. En su art. 1 se dispone que: *«Todas las instancias que se reciban en este Ministerio fuera del conducto regular, serán nulas y sin valor alguno, excepto en el caso de que se autoriza en el art. 1, Título 17, Tratado Segundo de las Ordenanzas»*. También, en la Orden de 14 de junio de 1945, de la Presidencia del Gobierno, por la que se dictaba el procedimiento a seguir por los órganos de la Administración o por funcionarios de los mismos que se dirigieran a la Casa Imperial Jalifana, se hacía referencia al conducto reglamentario, al disponer que: *«(...) las comunicaciones y escritos de cualquier clase que deban dirigirse, bien sea por órganos de la Administración o por funcionarios de los mismos a la Casa Imperial Jalifana lo serán por el conducto reglamentario al Alto Comisario y con los informes pertinentes en cada caso (...)»*. Como se puede apreciar, la Administración Pública ha recurrido al conducto reglamentario desde hace mucho tiempo atrás, como una figura propia de su sistema; incluso, no sólo el ramo de Defensa ha hecho uso del cauce regular para tramitar solicitudes o instancias, también, otros ramos de la Administración han recurrido a dicha figura jurídica.

Entre los antecedentes más cercanos, aparece el art. 202 de las Reales Ordenanzas de 1978, en el cual se establece que: *«Las exigencias del conducto reglamentario no excluyen que todo militar, para exponer sus preocupaciones y recabar su consejo en asuntos no específicos del servicio, pueda acudir a u superior en la cadena de mando, aunque no sea el inmediato, a quién en todo caso informará, por cortesía de su intención»*; así como el art. 203 que disponía que: *«Cualquier militar podrá dirigir propuestas a sus superiores haciéndolo individualmente y por conducto regular»*. Por otro lado, la Instrucción 253/1999, de 29 de octubre, de la Subsecretaría de Defensa, por la que se dictaron las actuaciones a llevar a cabo por los órganos administrativos dependientes del Ministerio de Defensa o de sus organismos autónomos, en el punto 1.1, relativo al conducto reglamentario, indica que: *«Las solicitudes o reclamaciones relacionadas con la justicia y disciplina, con la orgánica y medios de equipo, material, con la instrucción y formación militar y, en general, las vinculadas de forma directa con el servicio, deberán dirigirse y cursarse a través de los jefes directos, que actuarán de conformidad con el art. 204 de las RR.OO. Las solicitudes y recursos sobre materias no incluidas en el apartado anterior se dirigirán al órgano o autoridad competente para resolver la pretensión deducida. En ambos supuestos la remisión de los escritos, solicitudes y recursos a las autoridades competentes se realizará directamente, sin traslados ni reproducciones a través de órganos intermedios, ello a fin de que, a la mayor brevedad, obren en poder de la autoridad que haya de resolver»*. El art. 204 de las RR.OO mencionado, establecía la obligación que tenían los jefes de recibir y tramitar los recursos, peticiones o partes de sus subordinados. La finalidad de la Instrucción anterior, no fue otra que el agilizar la tramitación de los expedientes administrativos que se cursaban dentro de la Administración Pública, en el ramo de Defensa, ya que los plazos administrativos no se cumplían, produciéndose con ello el consecuente perjuicio de los interesados, así como adecuar la práctica administrativa a la LRJAP-PAC.

IV. REGULACIÓN VIGENTE.

Centrándonos en cuestiones administrativas, un ejemplo claro del conducto reglamentario dentro las FAS, se encuentra en el Real Decreto 1385/1990, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de adquisición y pérdida de la condición de y militar de carrera del Cuerpo y de situaciones administrativas del personal del mismo. En su art. 27, el cual está encuadrado dentro del Capítulo IV de Servicios Especiales, se dispone que: *«Siempre que se desee concurrir a una misión que reúna las características del apartado a) del artículo anterior, el interesado deberá solicitar del Secretario de Estado de Administración Militar, con carácter previo a la concesión, la calificación de su ejercicio como de servicios especiales. La solicitud se cursará por conducto reglamentario y deberá ser informada por el Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente».*

En el art. 28.2 se establece que: *«La solicitud de pase a la situación de servicios especiales, por prestación de servicios de interés para la defensa, se dirigirá por conducto reglamentario al Secretario de Estado de Administración Militar con informe del Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente»* y; en el art. 41, del Capítulo V sobre la Excedencia Voluntaria, se dispone que: *«Corresponde al Director general de Personal del Ministerio de Defensa la concesión del pase a excedencia voluntaria. Las peticiones se cursarán por conducto reglamentario».*

Otro ejemplo más, lo hallamos en la Orden 121/2006, de 4 de octubre, sobre las normas sobre jornada y horario de trabajo, vacaciones, permisos y licencias de los Militares Profesionales de las Fuerzas Armadas, en cuyo apartado 8.1 del Anexo I relativo a la jornada y el horario de trabajo, se establece que: *«La solicitud de flexibilización de horario o reducción de jornada, acompañada de la justificación documental suficiente, se cursará por conducto reglamentario al Jefe de la Unidad, Centro u Organismo de destino, quien será competente para su concesión o denegación motivada, así como para la revocación o modificación de las condiciones de la solicitud que deberá ser debidamente justificada».* Además, en el apartado 3.4 del Anexo II de vacaciones y permisos, se dispone que: *«Las vacaciones y permisos se solicitarán por conducto reglamentario al Jefe de la Unidad, Centro u Organismo de destino, quien tendrá competencia para concederlos o denegarlos motivadamente. En el caso de que el militar se encuentre realizando una comisión de servicio realizará la solicitud al Jefe de la Unidad, Centro y Organismo donde esté comisionado».*

Por último, como no podía ser de otra manera, tenemos que hacer referencia al art. 28 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, que establece: *«Para asuntos del servicio se relacionará con superiores y subordinados por conducto regular según la estructura jerárquica de las Fuerzas Armadas, que será el conducto reglamentario, salvo en los casos que esté establecido uno específico para dirigirse al órgano competente para resolver»* y, al art. 38, el cual dispone que: *«Si tuviera alguna queja o reclamación sobre asuntos del servicio que pudieran afectar o perjudicar sus intereses, lo pondrá en conocimiento de sus superiores, haciéndolo de buen modo y por el conducto reglamentario. Todo ello sin perjuicio de ejercitar los derechos o acciones que legalmente le correspondan».*

No obstante lo anterior, estamos en el momento de poder realizar una serie de precisiones en torno a la regulación dada al conducto reglamentario por medio de las nuevas Reales Ordenanzas, toda vez que la redacción del referido artículo es mejorable por los siguientes motivos:

La expresión «*para asuntos del servicio*» es un concepto jurídico el cual debería de haberse precisado más, sin embargo, creemos que éste puede completarse acudiendo a la jurisprudencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, en concreto, en la Sentencia de 11 de marzo de 2003, se manifestó que «*por asuntos del servicio debería entenderse en el sentido genérico del conjunto de actos que incumbe realizar a las FAS para el cumplimiento de la misión que constitucionalmente le ha sido confiada*», no asemejándose dicho término al concepto de «acto de servicio» regulado en el art. 15 del Código Penal Militar.

La frase «*según la estructura jerárquica de las Fuerzas Armadas*», no es afortunada, puesto que el conducto regular no se encausa en dicha estructura jerárquica, que viene determinada por los diversos escalones militares de las correspondientes escalas, es decir, por los empleos militares (Capitán, Comandante, Teniente Coronel...), sino por la estructura orgánica de las Unidades. Ello es especialmente patente en las unidades multinacionales en las que un militar español queda a las órdenes de otro extranjero. Pero además, según la frase enunciada, el conducto regular queda circunscrito únicamente a las Fuerzas Armadas y, no a toda la Administración Militar. En efecto, las FAS son parte del Ministerio de Defensa, de forma que si se limita dicho cauce a ellas, ¿qué pasaría con el resto de organismos militares que no son FAS y con la Guardia Civil? Dentro de esta precisión, hay que recordar que el Real Decreto 1126/2008, de 4 de julio, establece en su art. 1.3 que el Ministerio de Defensa está formado por la Secretaría de Estado, la Subsecretaría, la Secretaría General de Política de la Defensa y las Fuerzas Armadas; teniendo en cuenta el precepto anterior, se deduce que todo lo que no se incardina en las FAS queda excluido del conducto reglamentario, salvo que se realice una interpretación amplia del término FAS, la cual según nuestro parecer no sería apropiada, ya que la finalidad de tal interpretación es restringir derechos. Creemos que las interpretaciones extensivas son adecuadas para ampliar derechos, no para limitarlos.

Por último, la expresión «*conducto reglamentario*» es imprecisa por poco rigurosa, a pesar de que de acuerdo con la Real Academia, reglamentario sea sinónimo de regulado. Y ello es así, porque no existe un reglamento específico militar de carácter procesal que establezca especialidades respecto al procedimiento general de la LRJAP-PAC, como existía antiguamente, en el desarrollo de la Ley de Procedimiento Administrativo franquista, como era el Decreto 1408/66, de 2 de junio de 1966. Por otra parte, las RR.OO de 2009, que son una norma inferior a la ley, no disponen nada al respecto, salvo el comentado art. 28.

V. FINALIDAD DEL CAUCE REGULAR.

El conducto reglamentario podría tener varios propósitos: uno meramente informativo, para que los jefes tengan conocimiento de las impresiones, inquietudes,

intenciones y propuestas que formulan sus subordinados; otro resolutivo, ya que en ciertas ocasiones, instancias que se dirigen a órganos o autoridades no competentes, podrían ser resueltas por el propio jefe, en el caso de que éste fuera competente; y, por último, podría existir un propósito de ordenación del procedimiento, toda vez que puede darse el caso de que se hayan dictado instrucciones por la autoridad competente, en relación a determinadas pretensiones, para que el jefe de cada órgano revise los requisitos mínimos que deben darse en cada solicitud para poder ejercerse una pretensión concreta. En cualquier caso, adelantamos que el conducto regular puede ser práctico dentro de las FAS y de la Guardia Civil, pero siempre que se regule de manera formalmente correcta.

5.1. Problemática actual.

Las disfunciones legales existentes en relación al conducto reglamentario no son baladíes, ya que podrían llegar a producir la ilegalidad de la referida figura jurídica a día de hoy, en ciertas situaciones concretas. Lo anterior tiene su justificación en lo siguiente, el art. 38.4 de LRJAP-PAC establece que: «*Las solicitudes, escritos y comunicaciones que los ciudadanos dirijan a los órganos de las Administraciones públicas podrán presentarse: a) En los registros de los órganos administrativos a que se dirijan; b) En los registros de cualquier órgano administrativo, que pertenezca a la Administración General del Estado, a la de cualquier Administración de las Comunidades Autónomas, o a la de alguna de las entidades que integran la Administración Local si, en este último caso, se hubiese suscrito el oportuno convenio; c) En las oficinas de Correos, en la forma que reglamentariamente se establezca; d) En las representaciones diplomáticas u oficinas consulares de España en el extranjero y; e) En cualquier otro que establezcan las disposiciones vigentes (...)*». Del precepto legal anterior se deducen las siguientes consideraciones:

- a) El art. 38.4 de la LRJAP-PAC regula los sitios/lugares en donde los ciudadanos pueden presentar sus escritos, solicitudes e instancias; la enumeración que se efectúa es *numerus apertus*, al establecerse en el último apartado una gran discrecionalidad legal a la hora de determinar los lugares adecuados para presentar los mencionados escritos.
- b) En ningún momento se hace mención al conducto reglamentario o cualquier otro tipo de restricción a la hora de presentar escritos.
- c) Los militares y miembros de la Guardia Civil, están comprendidos dentro del concepto de ciudadanos, toda vez que no han sido expresamente excepcionados.
- d) La LRJAP-PAC es una norma con rango de ley, la cual es de aplicación a la Administración General del Estado, incluido el ramo de Defensa y, por lo tanto, en todos los procedimientos administrativos cursados en él, se debe de cumplir tal ley en todos sus aspectos, salvo aquellos que estén regulados por una norma de igual rango jerárquico de carácter específico, es decir, por otra ley que determine exhaustivamente los requisitos formales de obligado cumplimiento. Y siendo una norma con tal rango, no puede ser modificada por una norma de rango inferior, como son las nuevas Reales Ordenanzas.

En este orden de ideas debemos significar que con anterioridad, el conducto reglamentario estaba regulado, en las Reales Ordenanzas de las FAS, teniendo dicha norma rango de ley. En los art. 199 a 205 de las RR.OO de 1978, se trataba de los recursos y peticiones, estableciéndose una serie de limitaciones concretas a la hora de presentar ciertos escritos. En el art. 199 se establecía que el derecho de petición debería de ejercitarse con la formalidades que determinase la ley correspondiente, dicho precepto se refería al derecho de petición regulado en el art. 29 de la Constitución y en la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de diciembre, reguladora del derecho de petición, la cual afecta a todos los miembros de las FAS y de la Guardia Civil. Asimismo, en el art. 13 de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, se dispone que: «*Los Guardias Civiles podrán ejercer el derecho de petición, de forma individual, en los casos y con las formalidades que señala la legislación reguladora del derecho de petición*». Como se puede apreciar, no se exige en ningún momento el uso del conducto reglamentario, sólo se requiere que se cumpla lo dispuesto en la citada Ley del derecho de petición, la cual no contempla el uso del cauce regular que estamos estudiando.

En el art. 201 de las RR.OO de 1978, se regulaba el llamado recurso de agravio, el cual se debía de cursar por el superior jerárquico y con buenas formas; en el art. 203 se establecía que cualquier militar podría realizar propuestas, siempre por conducto regular. Sin embargo, el precepto clave en el asunto es el art. 204, el cual disponía que: «*Todo jefe deberá recibir y tramitar con el informe que proceda, o resolver en su caso los recursos, peticiones o partes formulados por un subordinado en ejercicio de sus derechos*»; de dicho precepto se deduce que el jefe tenía la obligación de recibir los recursos, partes o peticiones de sus subordinados, por lo que se establecía de hecho un conducto regular a la hora de presentarse tales escritos, pues la obligación de entregar los mismos recaía en los subordinados, pudiéndose sancionar por lo tanto dicha conducta en el caso de que no se actuase de tal manera.

En este estado de cosas podemos plantearnos lo siguiente: hasta el momento en que fueron derogadas las RR.OO de 1978, existía la obligación del militar y por ende del Guardia Civil, de cursar sus escritos a través de sus jefes. Lo anterior no conllevaba ninguna contradicción con lo dispuesto en el art. 38.4 de la LRJAP-PAC, toda vez que era una norma de rango legal la que establecía dicha obligación, por lo que se respetaba el principio de jerarquía normativa del art. 9.3 de la CE. El problema surge cuando se han derogado dichas RR.OO y, a su vez, se ha producido una deslegalización de su contenido, ya que a día de hoy, las RR.OO están desarrolladas por un Real Decreto (norma de carácter reglamentario). En este momento sí existe una disfunción legal, al estar un reglamento contradiciendo, en cierta forma, lo dispuesto en una norma con rango de ley. Lo anterior nos hace aproximarnos, aunque sea someramente, a ciertos conceptos administrativos básicos.

5.2. Relaciones entre la ley y el reglamento: el problema y sus posibles soluciones.

La ley es la expresión de la voluntad popular, ya que la misma emana de las Cortes Generales y éstas representan al pueblo español, es toda norma escrita de rango superior, al no poder ir ninguna otra norma, salvo la propia Constitución, contra ella. El reglamento, es toda norma escrita que emana de la Administración.

La relación entre la ley y el reglamento se fundamenta en el principio de jerarquía normativa y reserva legal, en el sentido de que la ley es una norma superior al reglamento, por lo que éste no puede contradecir a la ley, todo lo contrario, está subordinado a ésta; en cuanto al principio de reserva legal, éste conlleva que toda materia que deba regularse por ley, no puede ser regulada por un reglamento, salvo que éste desarrolle lo dispuesto en una ley, lo anterior aparece contemplado en el art. 68.2 de la LRJAP-PAC. Pues bien, resulta evidente que actualmente el conducto reglamentario no tiene cobertura legal, al estar regulado en un Real Decreto, el cual contradice lo manifestado en la Ley 30/1992; además, el art. 105.c) de la CE, dispone que: «*La ley regulará... c) el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado*». Del precepto constitucional anterior, se deduce con claridad que el procedimiento administrativo sólo puede ser regulado por ley (salvo los posteriores desarrollos reglamentarios oportunos, remisiones normativas y deslegalización, los cuales no podrán ir más allá de lo que la ley permita).

Pues bien, desde nuestro punto de vista, la actual figura del conducto reglamentario no cumple ni con el principio de jerarquía normativa, ni con el de reserva de ley. En relación al primer principio, es indiscutible que el Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el cual se aprueban las RR.OO, es una norma de rango inferior a la LRJAP-PAC, por lo que lo establecido en aquélla no podría contradecir o limitar lo dispuesto en ésta, sobre todo una vez derogada la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de las antiguas Reales Ordenanzas. Sin embargo ocurre lo contrario, las modernas RR.OO limitan el derecho de los militares y Guardias Civiles (ciudadanos no excepcionados en la Ley 30/92) a la hora de presentar instancias, solicitudes, etc., ya que se les obliga hacerlo de una forma concreta que no se prevé en la Ley 30/92, que es desarrollo de lo establecido en el art. 149.1.18 de la Constitución, es decir, la competencia estatal de establecer el procedimiento administrativo común. Obsérvese que el conducto reglamentario tenía rango de ley hasta que se derogaron las Reales Ordenanzas de 1978, con lo cual no se vulneraba lo establecido en la Ley 30/92, pero cuando se establece en el art. 28 de las nuevas RR.OO del 2009, aprobadas por Real Decreto, que tal conducto es obligatorio en todo lo relacionado con los asuntos del servicio, colisiona con lo establecido en el art. 38.4 de la Ley 30/92. El art. 38.4 de la Ley 30/92 previene lo siguiente:

4. Las solicitudes, escritos y comunicaciones que los ciudadanos dirijan a los órganos de las Administraciones públicas podrán presentarse:

- a) En los registros de los órganos administrativos a que se dirijan.*
- b) En los registros de cualquier órgano administrativo, que pertenezca a la Administración General del Estado, a la de cualquier Administración de las Comunidades Autónomas, o a la de alguna de las entidades que integran la Administración Local si, en este último caso, se hubiese suscrito el oportuno convenio.*
- c) En las oficinas de Correos, en la forma que reglamentariamente se establezca.*
- d) En las representaciones diplomáticas u oficinas consulares de España en el extranjero.*
- e) En cualquier otro que establezcan las disposiciones vigentes.*

Mediante convenios de colaboración suscritos entre las Administraciones públicas se establecerán sistemas de intercomunicación y coordinación de registros que garanticen su compatibilidad informática, así como la transmisión telemá-

tica de los asientos registrales y de las solicitudes, escritos, comunicaciones y documentos que se presenten en cualquiera de los registros.

Por su parte, el precepto ordenancista establece lo siguiente:

Para asuntos del servicio se relacionará con superiores y subordinados por conducto regular según la estructura jerárquica de las Fuerzas Armadas, que será el conducto reglamentario, salvo en los casos que esté establecido uno específico para dirigirse al órgano competente para resolver.

La colisión es patente. Respecto al segundo principio, de reserva de ley, el conducto reglamentario afecta al procedimiento administrativo, toda vez que se obliga a presentar la documentación, solicitud, instancia, etc., en un sitio o lugar distinto al general, y por lo tanto, establece cauces también distintos a los previstos en las leyes, lo que supone una intromisión en la materia reservada a la ley. Al respecto es interesante traer a colación una postura jurisprudencial del Tribunal Supremo, recogida en la Sentencia de su Sala Tercera, de 20 de mayo de 2008 (Recurso 63/2007), según la cual...

...La actividad reglamentaria está subordinada a la Ley en sentido material (arts. 97 CE, 51 Ley 30/92 y 23 Ley 50/97), en cuanto no podrán regularse reglamentariamente materias objeto de reserva de ley, material y formal, y sin perjuicio de la función de desarrollo o colaboración con respecto a la Ley, los reglamentos no pueden abordar determinadas materias, como las que indica el citado artículo 23 de la Ley 50/97, de 27 de noviembre, del Gobierno (tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público).

Si destruimos el sistema establecido en la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, (Reales Ordenanzas derogadas) y creamos, mediante las nuevas Reales Ordenanzas (rango de Real Decreto) un requisito procedimental no previsto en una norma de rango legal, salvo en la **Ley Orgánica 8/1998, de 2 diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas** (LORDFAS) y la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil (LORDGC), y como falta cuando no se ha cumplido; pero no indicamos en qué consiste, estaremos, obviamente, estableciendo, por vía reglamentaria, una *carga personal* cierta. La citada Sentencia continúa con la exposición de su doctrina, como sigue:

Este alcance del control judicial del ejercicio de la potestad reglamentaria se recoge en la sentencia de 28 de junio de 2004, según la cual: «además de la titularidad o competencia de la potestad reglamentaria, tradicionalmente se consideran exigencias y límites formales del reglamento, cuyo incumplimiento puede fundamentar la pretensión impugnatoria: la observancia de la jerarquía normativa, tanto respecto a la Constitución y a la Ley (arts. 9.3, 97 y 103 CE), como interna respecto de los propios Reglamentos, según resulta del artículo 23 de la Ley del Gobierno ; la inderogabilidad singular de los reglamentos (art. 52.2 de la Ley 30/1992; LRJ y PAC, en adelante); y el procedimiento de elaboración de reglamentos, previsto en el artículo 105 CE y regulado en el artículo 24 de la Ley 50/97. Y se entiende que son exigencias y límites materiales, que afectan al contenido de la norma reglamentaria, la reserva de ley, material y formal, y el respeto a los principios generales del Derecho. Pues, como establece el artículo

103 CE, la Administración está sometida a la Ley y al Derecho; un Derecho que no se reduce al expresado en la Ley sino que comprende dichos Principios en su doble función legitimadora y de integración del ordenamiento jurídico, como principios técnicos y objetivos que expresan las ideas básicas de la comunidad y que inspiran dicho ordenamiento.

Esta jurisprudencia es clásica y tiene múltiples antecedentes, baste con citar la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 7 de octubre de 2002 (Recurso 48/1999), según la cual...

... El ejercicio de la potestad reglamentaria, para ser legítimo, debe realizarse dentro de unos límites cuyo control corresponde a los Tribunales.

Así, además de la titularidad o competencia de la potestad reglamentaria, tradicionalmente se consideran exigencias y límites formales del reglamento, cuyo incumplimiento puede fundamentar la pretensión impugnatoria: la observancia de la jerarquía normativa, tanto respecto a la Constitución y a la Ley (arts. 9.3, 97 y 103 CE), como interna respecto de los propios Reglamentos, según resulta del artículo 23 de la Ley del Gobierno; la inderogabilidad singular de los reglamentos (art. 52.2 de la Ley 30/1992; LRJ-PAC, en adelante); y el procedimiento de elaboración de reglamentos, previsto en el artículo 105 CE y regulado en el artículo 24 LRJ-PAC. Y se entiende que son exigencias y límites materiales, que afectan al contenido de la norma reglamentaria, la reserva de ley, material y formal, y el respeto a los principios generales del Derecho. Pues, como establece el artículo 103 CE, la Administración está sometida a la Ley y al Derecho; un Derecho que no se reduce al expresado en la Ley sino que comprende dichos Principios en su doble función legitimadora y de integración del ordenamiento jurídico, como principios técnicos y objetivos que expresan las ideas básicas de la comunidad y que inspiran dicho ordenamiento.

Una primera solución al problema planteado sería entender que las RR.OO modernas son un reglamento independiente que no necesita desarrollar ninguna ley, pero consideramos que no se ajusta a Derecho, toda vez que afecta a derechos y deberes del militar y a la organización de las FAS, es decir, de la Administración; a su vez, debemos recordar que los reglamentos sobre estos temas se encuentran sometidos a la reserva de ley del art. 103.2 de la Constitución. De hecho, las RR.OO, se vinculan a la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, directamente a través de su artículo 4.3. Pero es que, contra esta opinión, cabría señalarse que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en su línea doctrinal mayoritaria, refleja una postura contraria a esta posibilidad, ya que mantiene que la norma reglamentaria no es incondicionada, sino que está sometida a la Constitución y a las Leyes, a tenor del art. 97 de la Constitución (STS de 9 de junio de 1999, Aranzadi 6298, FJ 1º; STS de 11 de diciembre de 1991, Aranzadi 9369, FJ 1º, y STS de 11 de junio de 1991, Aranzadi 4874 del año 1992, FJ 3º). La Constitución no ha recogido una reserva reglamentaria, por lo que, en aplicación del principio de jerarquía, el reglamento se encuentra sometido a la ley de manera absoluta, tanto en lo formal como en lo material. De acuerdo con esta visión, todo reglamento necesita base legal previa y la sujeción a la ley es más intensa cuando se afectan a los derechos y deberes de los ciudadanos que cuando se regula la organización administrativa. Y ni la Ley 30/92 ni la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la

Carrera Militar contienen una habilitación expresa que permita a las Reales Ordenanzas, aprobadas por Real Decreto, establecer requisitos procedimentales no previstos en la Ley 30/92, una vez derogada la Ley 85/1978, de 28 de diciembre. Téngase presente que la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 22 de diciembre de 1987 estableció que *«el Gobierno no puede crear derechos ni imponer obligaciones que no tengan su origen en la ley, de modo inmediato o mediato, a través de la habilitación oportuna»*. Al respecto, en el art. 4.3 de Ley 39/2007 se prevé lo siguiente, respecto a las Reales Ordenanzas:

4.3. Las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas desarrollarán reglamentariamente las reglas de comportamiento del militar con arreglo a lo previsto en la Ley Orgánica de la Defensa Nacional y en esta Ley y recogerá, con las adaptaciones debidas a la condición militar, el código de conducta de los empleados públicos.

Este precepto no contiene ni una sola referencia a la limitación de los derechos recogidos en la LRJAP-PAC, relativos a la interposición, elevación o presentación de solicitudes ante la Administración, como es, sin duda, la obligatoriedad del conducto reglamentario. En cuanto a las particularidades del procedimiento administrativo en el ámbito del Ministerio de Defensa, solamente se prevé, en su Disposición Adicional Novena, una *«racionalización y simplificación de los procedimientos administrativos»*, sin que se mencione tampoco una habilitación expresa que permita establecer el conducto reglamentario:

DISPOSICIÓN ADICIONAL NOVENA. *Racionalización y simplificación de los procedimientos administrativos.*

En el desarrollo reglamentario y en las normas de aplicación de esta ley, se impulsará la racionalización y la simplificación de los procedimientos administrativos que de ella se deriven.

En la tramitación de esos procedimientos se promoverá el principio de celeridad administrativa, con arreglo a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común y se fomentará el empleo y aplicación de técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, adoptando las medidas de organización y técnicas necesarias para asegurar la autenticidad, confidencialidad, integridad, disponibilidad y conservación de la información.

La sujeción estricta del reglamento a la ley en las materias reservadas (no olvidemos que el establecimiento del conducto reglamentario supone una limitación de los derechos de unos ciudadanos, los militares, en la forma en que se pueden dirigir a la Administración) también se hace evidente cuando se delimitan criterios para determinar la validez de las remisiones reglamentarias. Estos criterios son: 1) complitud, la ley ha de regular la totalidad del régimen jurídico sustancial de la materia, pudiendo el reglamento regular aspectos adjetivos, colaterales o conexos al núcleo de la materia, que no es el caso; 2) mensurabilidad de la remisión legal, que ha de ser expresa; concreta y específica, sin que sean posibles remisiones genéricas (que no es el caso) y delimitada, es decir que circunscriba su ámbito de actuación; 3) la remisión ha de ser previsible, de modo que la ley debe incluir unos criterios materiales que hagan

calculable el sentido de la regulación reglamentaria; y 4) y de acuerdo con el criterio de la ejecución administrativa, que permite remisiones más amplias cuando a la Administración le corresponda el cumplimiento de la materia reservada. ¿Reconocemos estos criterios en el establecimiento de un deber procedimental como es el conducto reglamentario? En nuestra opinión, no.

Podríamos también considerar que la habilitación legal pertinente que debe de existir para el conducto reglamentario está encuadrada en la legislación disciplinaria militar, es decir, en la LORDFAS y en la LORDGC, toda vez que en dichas normas, de rango legal, tipifican las faltas leves de «*omitir el conducto reglamentario para formular cualquier solicitud, reclamación o queja relacionada con el servicio* (art. 9.8 de la LORDGC)» y «*hacer reclamaciones o peticiones en forma o términos irrespetuosos o prescindiendo de los cauces reglados* (art. 7.14 de la LORDFAS)». Empero, creemos que lo anterior no soluciona la cuestión dubitada, por las siguientes razones:

- a) Dichas faltas disciplinarias se remiten a una figura jurídica que no está regulada por una norma legal, sino por una norma de carácter reglamentario, y muy someramente.
- b) La naturaleza de la LORDFAS es disciplinaria, por ello lo coherente sería que la norma habilitante del conducto reglamentario fuese una norma procedimental o reguladora de derechos y deberes; el hecho de considerar las normas disciplinarias como un catálogo de derechos «en negativo» no conllevaría, a nuestro juicio, la habilitación necesaria para considerar regulado de forma correcta el conducto reglamentario como norma procesal adjetiva. Si bien el militar y el guardia civil deben de observar el estricto cumplimiento de la norma, no es menos cierto que dichas normas (en relación a los art. 7.14 de la LORDFAS y 9.8 de la LORDGC) no cumplen, en nuestra opinión, con los requisitos legales necesarios, toda vez que al ser tipos disciplinarios en blanco, éstos deben de remitirse a una posterior norma que los complete y, ésta (RR.OO del 2009) vulnera lo dispuesto en el art. 105.c) de la Constitución y el art. 62.2 de la LRJAP-PAC. Por ello, en este punto entraría en juego lo dispuesto en el art. 5 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (LOCOJM). Además, por un principio de buen hacer legislativo, esta solución no es la más acertada. La punición de una conducta no basta para regular todos sus aspectos. Veamos dos ejemplos: ¿la sanción por usar prendas no recogidas en el reglamento de uniformidad (falta prevista en el artículo 7.6 de la LORDFAS) sería suficiente para regular la vestimenta militar, caso de ser derogado el oportuno reglamento de uniformidad? ¿Bastaría entender que, en ausencia de un Código de la Circulación, los delitos contra la seguridad vial (arts. 379 al 385 del Código Penal) son suficientes para regular el derecho al tráfico rodado por las carreteras españolas, cuáles son las velocidades permitidas, las señales de tráfico, los requisitos de los vehículos, la cadencia de los intermitentes, los tacógrafo de los camiones, las matrículas, la obligatoriedad del uso de casco para los motoristas y del triángulo de emergencia, el plazo de vigencia de la ITV y tantos otros requisitos de necesario cumplimiento? Además, la regulación penal y disciplinaria construyen su galaxia de prohibiciones desde el principio de intervención mínima, que es una garantía contra la «penali-

zación» excesiva de las relaciones jurídicas. No obstante esta opinión, se ha mantenido la contraria por órganos jurisdiccionales militares. Así, a pesar del somero contenido del artículo 28 de las RR.OO de 2009, el Tribunal Militar Territorial Cuarto, en Sentencia nº 03/09, de 30 de marzo de 2009, declara, en su Fundamento de Derecho Primero, que *«es evidente que la exigencia del conducto reglamentario se encuentra perfectamente delimitado, tanto en las anteriores como en las actuales Reales Ordenanzas»*. La exigencia, sin duda, el contenido, puede, pero la habilitación para su establecimiento por vía de Real Decreto no es tan evidente. En las anteriores Reales Ordenanzas de 1978 sí estaba regulado, frente a la muy somera regulación actual, pero se olvida que las anteriores Reales Ordenanzas tenían rango de ley y por tanto, podían establecer un régimen especial distinto del previsto en la Ley 30/92 para la tramitación de cualquier procedimiento administrativo. También se soslaya que las nuevas Reales Ordenanzas no tienen rango de ley, sino reglamentario; que modifican la Ley 30/92 y que establecen un gravamen procedimental sin habilitación legal suficiente para ello. Esta misma Sentencia entiende (Fundamento de Derecho Segundo) que la obligatoriedad del conducto reglamentario queda establecida en la legislación disciplinaria militar y que es un reflejo de los principios de jerarquía, disciplina y subordinación. Sin duda. Ahora, repetimos, establecida su obligatoriedad por vía disciplinaria, cabe preguntarse por su contenido y la existencia y legalidad de la habilitación de la Administración para establecerlo en la actualidad, con la legislación positiva vigente, no la de 1978, y si la misma cumple los requisitos establecidos por la Constitución. Al respecto, la Sentencia del mismo Tribunal, nº 05/09, de 6 de mayo de 2009, establece (Fundamento de Derecho Primero) que el conducto reglamentario y su obligatoriedad han quedado perfectamente aquilatados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 2 de diciembre de 2002 y 6 de mayo del mismo año, y consiste en *«presentar determinado tipo de escritos a través de la cadena de mando»* (expresión mucho mejor que la contenida en las nuevas Reales Ordenanzas, por su concisión). Sin embargo, no entra en la cuestión que planteamos en este estudio, como es si la Administración puede ahora, a día de hoy, una vez derogadas las Reales Ordenanzas de 1978, que tenían rango de Ley, establecer un límite a los derechos declarados en la Ley 30/92 mediante un mero Real Decreto. Obsérvese que las Sentencias del Tribunal Supremo mencionadas por el Tribunal Militar Territorial Cuarto, esto es, las Sentencias de 2 de diciembre de 2002 y 6 de mayo del mismo año, se dictaron antes de la derogación de la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas. A partir de ese momento, tanto las propias Reales Ordenanzas como el conducto reglamentario han visto modificadas su normativa de forma más profunda de lo que cabría suponerse. En cualquier caso, si el conducto reglamentario es una obligación que debe cumplimentar todo militar, de paje a rey, desde el recluta hasta el capitán general, es preciso que sea regulado real y no someramente, debe tener una plasmación normativa clara, inequívoca y en una norma de rango adecuado, no puede deducirse en qué consiste mediante la interpretación jurisprudencial del Tribunal Supremo, porque la jurisprudencia podrá leerse y ser tenida en cuenta por auditores y letrados, pero no

llega al militar común y corriente que presta servicio en las unidades, con su formación operacional y técnica, ajena al Derecho. Los soldados no pueden deducir en qué consisten sus obligaciones diarias leyendo sentencias, aquilantando requisitos e interpretando vacíos legales con exquisitos razonamientos jurídicos, necesitan leyes y reglamentos concisos.

- c) No obstante lo anterior, la LORDFAS nos ofrece, a la contra, un ejemplo claro de regulación correcta del cauce regular, en su art. 76, al estar encuadrado el mismo dentro del procedimiento a seguir para interponer un recurso; por ello, el hecho de que el art. 7.14 de la citada ley se refiera al conducto reglamentario, en el sentido de considerar falta leve el omitir tal cauce, no es significativo, toda vez que se hace referencia a dicha figura jurídica sólo como falta disciplinaria.
- d) Por último, la LORDFAS, de 1998, es muy posterior a las RR.OO de 1978, de donde se infiere que la voluntad del legislador de 1978 no pudo ser tan clarividente como para establecer, en un horizonte de 30 años, la derogación de las propias RR.OO y su sustitución por otras nuevas, con rango de Real Decreto, dictadas con una habilitación legal contenida en la LORDFAS, a los 20 años de 1978.

Otra posible solución, quizás la más adecuado, sería que se regulara el conducto reglamentario en la futura Ley de Derechos y Deberes militares o por lo menos que se le diera la cobertura legal oportuna, en relación con la Ley 30/92, necesaria para que no contraviniera el principio de legalidad del art. 9.3 de la Constitución y toda la jurisprudencia derivada.

VI. LAS LEYES DISCIPLINARIAS DE LAS FAS Y DE LA GUARDIA CIVIL RESPECTO DEL CONDUCTO REGLAMENTARIO.

6.1. Breve análisis del art. 7.14 de la LORDFAS y del art. 9.8 de la LORDGC.

Como hemos indicado en el punto anterior, el conducto reglamentario viene regulado tanto en la LORDFAS, como en la LORDGC, siendo ambas leyes de carácter disciplinario. Así pues, el art. 7.14 de la LORDFAS dispone que: «*Son faltas leves: hacer reclamaciones o peticiones en forma o términos irrespetuosos o prescindiendo de los cauces reglados*» y el art. 9.8 de la LORDGC establece que: «*Son faltas leves, salvo que constituyan falta grave o muy grave: la omisión del conducto reglamentario para formular cualquier solicitud, reclamación o queja relacionada con el servicio*». Dichos tipos disciplinarios sancionan tanto el hecho de formular reclamaciones, peticiones o solicitudes en términos irrespetuosos, no acordes con el comportamiento que debe de tener todo militar o guardia civil; como el hecho de no seguir el cauce reglamentario para tales escritos. No obstante, se puede apreciar que en la nueva ley disciplinaria del Instituto Armado de la Guardia Civil, el tipo disciplinario se delimita más que en la LORDFAS, ya que se sanciona sólo toda *solicitud, reclamación o queja relacionada con el servicio*; sin embargo, en la LORDFAS se sanciona el hacer reclamaciones o peticiones prescindiendo de los cauces reglados, no exigiéndose que estén relacionados con el servicio, aunque la jurisprudencia si ha exigido que el escrito esté relacionado con el servicio.

El bien jurídico que se protege con dichas faltas disciplinarias, no es otro que el mantenimiento de la disciplina y la jerarquía militar, tal como ha manifestado la Sala 5ª del Tribunal Supremo (STS de fecha 10.03.95, 13.02.97, 28.02.05 y 05.12.06, entre otras); dentro de la expresión de «peticiones o reclamaciones» –utilizada en la LORDFAS– debe de considerarse toda petición, instancia, queja, denuncia, solicitud o demanda que deba tramitarse por conducto regular (STS de 05.12.06) y sólo se excluirá del conducto reglamentario todo aquello que no tenga nada que ver con el servicio. Desde el momento en que el escrito esté relacionado con el servicio, entra en juego el tipo disciplinario con todos sus efectos. Asimismo, en relación a la Guardia Civil, la Ley 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad establece que la Guardia Civil debe de sujetarse en su actuación profesional a los principios de jerarquía y subordinación. Esta sujeción no difiere mucho de la que tienen los miembros de las FAS, según lo dispuesto en el art. 4.1 de la Ley de Carrera Militar. Entendemos que tales principios, deben de circunscribirse a las actuaciones profesionales y cometidos del militar y guardia civil, no al ejercicio de derechos que pueden practicar.

Todo lo precitado en el presente artículo nos hace preguntarnos si los Tribunales Militares que deban resolver los recursos contenciosos-disciplinarios interpuestos contra sanciones disciplinarias, deberían de tener en cuenta lo expuesto hasta el momento. Creemos que sí, ya que, el art. 5 de la LOCOJM, dispone que: «(...) *Las normas jurídicas inferiores en rango a la ley, que vulneren ésta o no respeten el principio de jerarquía normativa, no serán aplicadas por los órganos judiciales militares (...)*»; del precepto legal anterior, se deduce que en el caso por el cual se sancione a un militar por no seguir el conducto reglamentario, si no viene éste exigido por una norma de rango legal, el Tribunal competente podría dejar sin efecto la sanción, ya que al no tenerse en cuenta las RR.OO (norma de inferior rango a la ley, la cual no respeta el principio de jerarquía normativa) no habría base legal que completase el tipo disciplinario en blanco que constituye el art. 7.14 de la LORDFAS.

6.2. Exigencia del conducto reglamentario dentro de la LORDFAS y de la LORDGC.

El art. 76.1 de la LORDFAS es una muestra evidente de la exigencia del conducto reglamentario dentro del procedimiento sancionador de las FAS, ya que en el mismo se dispone que el recurso que se puede interponer contra una sanción disciplinaria se cursará por conducto reglamentario a la autoridad superior de aquél que la impuso. En nuestra opinión, este precepto legal no vulnera lo establecido en el art. 38.4 de la LRJAP-PAC, ya que es una norma de rango legal la que señala el cauce procedimental que se debe de seguir a la hora de interponer el recurso correspondiente contra la sanción disciplinaria.

Sin embargo, resulta curioso un determinado aspecto de la nueva LORDGC, en concreto, lo dispuesto en el art. 76, que manifiesta: «*Los recursos de alzada y de reposición se dirigirán a la autoridad competente para resolverlo, bien de manera directa o a través de la unidad en la que preste sus servicios o en la que esté encuadrado administrativamente el interesado. En el caso de sanciones por falta grave o muy grave podrán presentarse, además, por medio del instructor del expediente*». Como se puede apreciar a simple vista, el legislador ha considerado que ya no es preciso interponer el recurso

contra la sanción disciplinaria mediante el conducto reglamentario. Lo anterior, nos hace preguntarnos, si esto puede influir en la normativa disciplinaria de las FAS, en el sentido de si es necesario interponer dicho recurso por el cauce regular o no. Desde un punto de vista objetivo, al seguir exigiéndose en la LORDFAS el cauce regular para interponer recursos, cualquier recurso que no siga el mismo, constituiría una falta leve del art. 7.14; desde un punto subjetivo, opinamos que no habría objeción alguna a que el sancionado pudiera interponer directamente ante la autoridad competente el recurso pertinente, al igual que actualmente ocurre en el régimen disciplinario de la Guardia Civil.

6.3. Excepciones al conducto reglamentario.

Los supuestos por los cuales un militar puede obviar la exigencia del conducto reglamentario son varios. En primer lugar, la denuncia militar, regulada en los art. 134 a 140 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar; en dichos preceptos legales, se da la opción al militar de presentar la denuncia tanto ante el Juez Togado, como ante el Fiscal Jurídico Militar, incluso ante la autoridad militar oportuna, sin exigencia alguna del conducto reglamentario. En segundo lugar, cualquier escrito que no verse sobre asuntos del servicio está eximido de seguir el cauce regular, en aplicación de lo dispuesto en el punto 1.1 de la Instrucción 253/1999, de 29 de octubre, de la Subsecretaría de Defensa. Lo anterior, en la práctica, es muy complicado que se produzca, ya que la mayoría de las instancias tienen algo que ver con el servicio, por lo que en principio deberían de seguir el cauce oportuno. Y en tercer lugar, las novedades reguladas en el art. 37 de las vigentes RR.OO, que dispone: «*Si observara alguna novedad o tuviera noticia de cualquier irregularidad que pudiera afectar al buen funcionamiento de su unidad, intentará remediarlo y lo pondrá en conocimiento de sus superiores mediante parte verbal o escrito, según la urgencia e importancia del hecho*»; dicho precepto no establece la obligación de poner en conocimiento del superior jerárquico inmediato dicha novedad, sólo exige que se comunique a los superiores, pudiendo ser éstos cualquiera de ellos. En cualquiera de éstos tres supuestos, la omisión del conducto reglamentario no sería constitutiva de falta disciplinaria, ya que dicha actuación no reúne los requisitos exigidos en el tipo sancionador.

VII. NUEVAS TENDENCIAS: PROCEDIMIENTO ELECTRÓNICO, SIPERDEF Y EL DERECHO AL ACCESO ELECTRÓNICO DE LOS CIUDADANOS A LOS SERVICIOS PÚBLICOS.

La finalidad del presente punto es poner en conocimiento del lector las novedades legislativas surgidas en relación con la tramitación electrónica de procedimientos administrativos por la Administración General del Estado. Comenzaremos con una pequeña alusión al sistema informático SIPERDEF, creado mediante la Instrucción del Secretario de Estado de la Administración Militar 113/95 de 27 de julio de 1995, en desarrollo del art. 45.1 de la LRJAP-PAC. Este «sistema de Información de Personal del Ministerio de Defensa» contempla dos aspectos administrativos muy relevantes: por un lado, es el Registro de Personal Militar y Civil del Departamento y sus Organismos Autónomos, y por otro, a través de él se ejecutan funciones administra-

tivas. Este segundo aspecto se concreta en la realización de una gestión de personal unificada en sus procedimientos y descentralizada en su ejecución. Los gestores llevan a cabo su trabajo con el mismo sistema informático y procedimientos, pero desde su despacho habitual, incluso desde distintas ciudades (Madrid, Granada, Cádiz, etc.). La gestión de personal se ha distribuido en tres módulos principales: datos personales, académica y de puestos de trabajo. Lo curioso de este sistema es que ha modificado el concepto de conducto reglamentario, ya que entre tales gestiones contempla la realización de peticiones de destinos, cursos, comisiones, etc., mediante alguno de sus «módulos», como, por ejemplo, el «SOLCUR» (para la solicitud de cursos). Existen otros para la solicitud de destino, por ejemplo. Es, por tanto, cauce de distintos procedimientos administrativos plenamente válidos y con efectos jurídicos, lo cual tiene su importancia para lo que hemos sostenido hasta aquí, ya que matiza el fin del conducto reglamentario hasta convertirlo en un mero «*placet*» de la superioridad. Así, en primer lugar, como la petición es electrónica, tiene entrada en el órgano decisor casi al mismo tiempo en que se lleva a cabo; en segundo lugar, el superior al interesado ve reducido su papel a un mero acto de visado electrónico. Citemos un ejemplo, tomado al azar del Boletín Oficial de Defensa (BOD): por Resolución 632/18275/09 (Código Informático: 2009020205), publicada en la página 15.273 del BOD nº 230, de 25 de noviembre de 2009, se realizó la convocatoria del Curso para la Obtención del Título de Doctor por la Escuela Técnica Superior de Ingenieros de Armas Navales (60313 2009 001), cuyo apartado 9 («Solicitudes y plazo de admisión»), establecía lo siguiente:

9.1. Trámite de las solicitudes:

Las solicitudes se gestionarán mediante la grabación de las peticiones en el Módulo de Solicitud de Cursos (SOLCUR) del Sistema de Información de Personal de Defensa (SIPERDEF). La citada grabación debe incluir:

- DNI y nombre y apellidos del solicitante.
- Curso que se solicita (60313 2010 001).
- Observaciones del solicitante y del Jefe de Unidad, en su caso.

No debemos olvidar mencionar la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (LAECSP), en cuyo art. 1.1 se establece el reconocimiento de los ciudadanos (no están excepcionados los militares y guardias civiles) a relacionarse con la Administración Pública por medios electrónicos y, en el art. 2.1 se dispone que dicha ley es de aplicación a la Administración General del Estado (incluido por lo tanto el ramo de Defensa y el de Interior). De otra parte, entre los derechos que confiere la citada ley a los ciudadanos en el art. 6, se menciona el de relacionarse con las Administraciones Públicas mediante medios telemáticos-electrónicos; a su vez, la Disposición Final Tercera en su punto segundo, da de plazo a la Administración General del Estado hasta el día 31.12.09 para que adapte sus procedimientos administrativos a los derechos regulados en el art. 6 y; para finalizar, como procedimientos especiales sólo se indican los tributarios, de seguridad social y de extranjería, sin mencionar en ningún momento a la Administración Militar. De todo lo precitado se deduce que, a partir del 31.12.09 cualquier militar podrá utilizar los medios electrónicos oportunos para cursar un escrito o solicitud, siempre que estén desarrollados los mecanismos oportunos (registros electrónicos y sede electrónica) sin restricción alguna, o sea, no se exige el conducto regular o reglamentario.

Dicha Ley 11/2007, ha sido desarrollada a su vez, por el Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, en cuyo articulado tampoco se restringe de manera alguna los derechos recogidos en el art.6 de la citada ley ni excepciona de su ámbito de aplicación a los militares.

Ya en 2005 se establecieron unas primeras normas en materia de Administración Electrónica del Ministerio de Defensa, en concreto, la ORDEN DEF/2416/2005, de 18 de julio, por la que se establecen los criterios generales de tramitación telemática de determinados procedimientos por el Ministerio de Defensa y los organismos públicos adscritos al departamento y se crea un registro telemático para la presentación de escritos y solicitudes. En su apartado Primero, punto 1, se establecía que *«La presente Orden tiene por objeto determinar las reglas y criterios que han de observarse para la presentación y tramitación telemática de los escritos, solicitudes y comunicaciones que se presenten ante el Ministerio de Defensa y los organismos a él adscritos relacionados con los procedimientos y actuaciones especificados en el anexo de esta Orden, así como la creación y regulación del régimen de funcionamiento del Registro Telemático configurado como una Oficina de Registro Auxiliar del Registro General del Departamento encargado de la recepción, control y tramitación de dichos escritos, comunicaciones y solicitudes.»* Los procedimientos especificados en el anexo eran pocos y sin mucha relevancia militar, aunque sí funcional: solicitudes de revisión de actos administrativos en materia de clases pasivas competencia del Ministerio de Defensa; recurso de alzada frente a las resoluciones de la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa en materia de clases pasivas; recurso extraordinario de revisión frente a resoluciones firmes en vía administrativa dictadas por la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa en materia de clases pasivas; solicitudes de información previa sobre cuantías; y solicitud de información previa sobre cuantía de pensión de retiro efectuada con anterioridad a la producción del hecho causante.

Para finalizar, la Orden Interna 2936/2009 por la que se crea el registro electrónico de la Guardia Civil regula los mecanismos de acceso de los guardias civiles a formular solicitudes por medios telemáticos, únicamente en una serie de procedimientos administrativos relacionados en el anexo II de dicha Orden. Lo curioso es que en el seno de dicha norma no se restringe en ningún momento el libre acceso del guardia civil a formular la correspondiente solicitud, sin necesidad, por lo tanto, de cursarla a través de sus jefes orgánicos. La finalidad del legislador mediante la promulgación de las normas referidas, parece ser que los miembros de la Guardia Civil (de las FAS todavía no, puesto que no se ha desarrollado el correspondiente registro electrónico) acceden de manera libre a ejercer los derechos que la ley les confiere, sin limitación alguna.

VIII. CONCLUSIONES.

- a) A nuestro juicio, toda limitación de derechos debe estar legalmente habilitada, sin que se pueda realizar mediante un reglamento, y la exigencia de una forma específica que solicitar, recurrir, manifestar peticiones a la Administración

- entraña una limitación al principio de libertad aformal establecido en la Ley 30/92.
- b) El conducto reglamentario es una figura jurídica útil dentro de las FAS y de la Guardia Civil, pero tiene que ser regulada mediante una norma de rango legal. No pretendemos desacreditarlo ni tampoco destruirlo, solamente que sea regulado en la forma jurídica más adecuada.
 - c) El conjunto de sanciones impuestas por la comisión de la falta leve tipificada en el art. 7.14 de la LORDFAS y art. 9.8 de la LORDGC, en su modalidad de omisión del cauce regular, podrían ser anuladas en vía jurisdiccional, en tanto que se refieren a un requisito procesal previsto en una norma de rango inferior a la Ley 30/92, que no recoge la institución del conducto regular, no exceptiona su aplicación a militares ni a guardias civiles ni tampoco habilita expresamente a la Administración para que desarrolle una modificación a los principios generales del procedimiento por vía de reglamento. La colisión jerárquica con la Ley 30/92 y la Ley 11/2007 se nos manifiesta evidente.
 - d) Quizás el momento y norma más adecuados para establecer la habilitación legal oportuna sea la futura ley de derechos y deberes de los miembros de las FAS.
 - e) La tipificación de las faltas leves disciplinarias no constituye, a nuestro entender, una habilitación legal pertinente del cauce regular.

6. DERECHO DE DEFENSA Y ASISTENCIA TÉCNICA EN LA TRAMITACIÓN DE EXPEDIENTES DISCIPLINARIOS EN EL ÁMBITO DE LAS FUERZAS ARMADAS Y LA GUARDIA CIVIL. ALCANCE Y LÍMITES.

*José Miguel González Reyes
Teniente Auditor*

SUMARIO: I. Planteamiento de la cuestión. II Derecho de defensa y asistencia técnica. III. Alcance y contenido del derecho de asistencia técnica en expedientes disciplinarios castrenses y de la guardia civil. IV Conclusiones.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

El presente estudio tiene por objeto analizar las vicisitudes derivadas de la intervención de Letrado o militar con ocasión de la tramitación de expedientes disciplinarios en el ámbito castrense y de la Guardia Civil. El punto de partida se encuentra en el propio régimen sancionador positivo que ha contemplado esta posibilidad en la Ley Orgánica 8/1998 de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (LORDFAS) y en la Ley Orgánica 12/2007 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil (LORDGC) en los siguientes términos:

Art. 53.1 de la LORDFAS El expedientado podrá contar en todas las actuaciones a que dé lugar el procedimiento sancionador con el asesoramiento del abogado o militar que designe al efecto

Art. 42 de la LORDGC 1. En el momento en que se notifique la apertura del procedimiento, se informará al interesado del derecho que le asiste a no declarar, a no hacerlo contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia. También será informado del derecho a la asistencia legal contenido en el apartado siguiente. 2. El interesado podrá contar, en todas las actuaciones a que dé lugar cualquier procedimiento, con el asesoramiento y la asistencia de un abogado en ejercicio o de un Guardia Civil que elija al efecto. De optarse

por esta segunda posibilidad, las autoridades y mandos correspondientes facilitarán, al designado, la asistencia a las compareencias personales del interesado ante las autoridades disciplinarias o instructores de los expedientes, y su asesoramiento será siempre voluntario, sin que tal designación confiera derecho alguno al resarcimiento por los gastos que pudieran derivarse de la asistencia. Los honorarios del letrado designado serán por cuenta del interesado.

Esta previsión legislativa, que en lo disciplinario militar pudiera considerarse excepcional, se ha convertido en práctica habitual respecto del ámbito de la Guardia Civil.

La regulación del derecho de asistencia letrada, a la luz de la normativa referenciada, no está exenta de algunas cuestiones problemáticas en cuanto al alcance y contenido de su ejercicio cuya dicción literal se nos antoja, en ocasiones, insuficiente; o, simplemente, guarda total silencio, en otras.

El análisis del derecho de asistencia técnica, en el procedimiento administrativo sancionador militar y en el régimen disciplinario del Cuerpo de la Guardia Civil, exige delimitar el contenido y alcance del mismo, así como su naturaleza y efectos. Para ello, es necesario proceder al análisis riguroso de los criterios jurisprudenciales establecidos tanto por el Tribunal Constitucional como por la Sala Quinta del Tribunal Supremo a partir del estudio sus pronunciamientos. De igual manera, no podríamos proceder a ello sin hacer referencia, siquiera sea sucintamente, a su raíz, el derecho de defensa, cuya proyección, la asistencia letrada, es sólo una de sus manifestaciones.

II. DERECHO DE DEFENSA Y ASISTENCIA TÉCNICA

a) El derecho de defensa a la luz de la CE y el ordenamiento internacional: reconocimiento y proclamación de tal garantía.

El art. 24 de la CE contiene una pléyade de derechos dirigidos a asegurar la efectividad de la tutela judicial efectiva cuya enumeración es exhaustiva y no tiene parangón en derecho comparado en el decir de Mozo Seoane¹. Así, la CE en su art. 24. declara:

- 1. 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.*
- 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.*

La Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

¹ MOZO SEOANE A. (1984) «La asistencia letrada en expedientes judiciales del Código de Justicia Militar», en Revista Jurídica Española «La Ley», núm. 3, pp. 955-964, p. 955.

Aunque su ámbito se extienda a cualquier proceso judicial, su primer y más característico campo es, sin duda, el procedimiento penal, donde su proyección es máxima tal y como se evidencia en los tratados internacionales de derechos humanos que al referirse a dicho principio lo refieren específicamente al *acusado*². En este sentido, el art. 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos proclama:

Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;
- b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;
- c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;
- d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;
- e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;
- f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;
- g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

Por su parte, el Convenio Europeo de Derechos Humanos viene a confirmar esta posición en el art. 6.3. que señala

Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

- a) A ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él.
- b) A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa.
- c) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio cuando los intereses de la justicia lo exijan.
- d) A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.
- e) A ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.

² Vid. SSTC 42/1982, de 5 de julio, 74/1985, de 18 de junio y 104/2003, de 2 de junio, al señalar que el art. 24.2 de la CE obliga a considerarlo referido fundamentalmente al proceso penal. En este sentido se establece «que el derecho del art. 24 CE a la asistencia letrada debe referirse primordialmente al proceso penal, y también lo es que ese mismo derecho, tal como aparece reconocido en el art. 6.3.c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ha sido situado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ámbito penal».

Para el Tribunal Europeo de Estrasburgo, la previsión del art. 6.3.c) viene a concretar y garantizar tres derechos del acusado en todo procedimiento penal: el derecho a defenderse a sí mismo y por sí mismo; el derecho a defenderse mediante la asistencia letrada de su elección; y, por último, el derecho a recibir asistencia letrada gratuita de acuerdo con determinadas condiciones³.

b) Derecho de defensa y Derecho Administrativo sancionador.

Todo en el procedimiento administrativo sancionador –donde se encuentre inserto el derecho disciplinario militar y de la Guardia Civil– está teñido por los derechos fundamentales y eso, al mismo tiempo que los separa de los demás procedimientos administrativos, los aproxima entre sí y reduce en mucho la libertad del legislador a la hora de regularlo⁴.

Los derechos del art. 24.2 CE, rigen incluso en los procedimientos disciplinarios sancionadores; o si se prefiere, se benefician por igual a quienes se encuentran en situaciones de sujeción especial. Tratándose por igual de imponer castigos no hay ninguna razón para que sea de otra forma. Y los Tribunales, salvo excepciones muy reducidas y concretas, no han hecho a este respecto distinciones de ningún tipo. Muy al contrario los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos aplicando el art. 6 el Convenio Europeo de Derechos Humanos se refieren precisamente a personas sometidas a especiales relaciones de sujeción⁵.

Tampoco el Tribunal Constitucional, ni los demás Tribunales españoles, han hecho diferenciaciones⁶. Es más, donde el Tribunal Constitucional ha alcanzado mayor precisión es precisamente en la enumeración y descripción de los derechos contenidos en el art. 24.2 CE que al procedimiento punitivo administrativo resultan aplicables traspasando al ámbito propio de éste muchos de los principios del derecho penal⁷. Así, la STC 85/1995, de 6 de junio y la STC 45/1997, de 11 de marzo sostienen:

«Es doctrina reiterada de este tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (...) la de que los principios y garantías constitucionales(...) del proceso penal han de observarse, con ciertos matices, en el procedimiento adminis-

³ Vid. SSTEDH de 25 de abril de 1983 (Pakelli contra Alemania), 24 noviembre de 1993 (Imbrioscia contra Suiza) y de 13 de mayo de 1980 (Artico contra Italia). En las dos primeras se indica la conveniencia de que todo acusado que no desee defenderse por sí mismo debe ser capaz de recurrir a asistencia letrada de su elección. Por la última, además de lo anterior, se evidencia la obligación que incumbe al Estado de suministrar en ciertos casos –según el art. 6.3.c) del Convenio– «cuando los intereses de la justicia lo exijan» y siempre que el acusado no tenga medios para pagarlo una asistencia jurídica gratuita.

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T. R., *Curso de Derecho Administrativo* (2008), 11ª edición, vol. II, Thomson-Civitas, Madrid, pp. 168,194-196, y 171. Tras la promulgación de la CE no hay duda de la total vertebración del derecho de defensa en los procedimientos administrativos y, en concreto, el derecho de asistencia letrada.

⁵ ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2007) *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales* (Prólogo de Rebollo Puig), Thomson-Civitas, Pamplona, p. 55

⁶ En este sentido, la STC 22/1982, de 12 de mayo, sostiene que las garantías del art. 24 integran un proceso legal con todas las garantías jurídicas.

⁷ Así, sobre el derecho de defensa STC 4/1982, acerca del derecho a ser informado de la acusación SSTC 31/1986, 190/1987, 29/1989, y sobre el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa SSTC 13/1982, 37/1985, 76/1990 y 138/1990, entre otras.

trativo sancionado y así, entre aquellas garantías procesales hemos declarado aplicables el derecho de defensa y sus derechos instrumentales a ser informado de la acusación y utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, así como el derecho de presunción de inocencia»

Por lo que respecta al ámbito castrense, la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo es destacable por su aplicación de los derechos del art. 24.2 de la CE y de ello daremos cuenta en este trabajo.

No hay razones, entonces, para que las modulaciones de los derechos del art. 24.2 CE en su aplicación a los procedimientos administrativos sancionadores, entre los que se encuentran los castrenses o de la Guardia Civil, se hagan más intensas o simplemente distintos⁸. Son las leyes disciplinarias las que deben articular las técnicas adecuadas para que la previsión constitucional sea realmente observada de donde se colige, con claridad meridiana, que el interés del legislador constitucional ha sido poner en manos de los ciudadanos, y entre ellos del *ciudadano-soldado*, todos los medios necesarios para la debida protección y defensa de sus derechos e intereses legítimos.

El llamado derecho a la defensa incluye una pluralidad de medios y de formas. En este sentido, es necesario distinguir entre el derecho general a la defensa en toda clase de procesos y el derecho a la defensa letrada, modalidad específica para coadyuvar a la tutela jurídica o derecho a la justicia. La precisión, entonces, es clara al emplearse las locuciones «defensa» y «asistencia de letrado» unidas por la conjunción copulativa «y» lo que permite establecer entre ambas una relación de género a especie⁹.

c) El derecho a la asistencia técnica en el régimen administrativo sancionador común. Formulación de la regla general

Acabamos de analizar cómo el derecho de defensa y sus principales instrumentos han sido traspasados al ámbito del derecho administrativo sancionador¹⁰. El problema es determinar si la manifestación instrumental de aquel derecho, que es la asistencia letrada, rige en el procedimiento sancionador, y en particular en el ámbito castrense.

Del análisis jurisprudencial¹¹, podemos decir que el procedimiento administrativo general y en el sancionador en particular no es preceptiva la asistencia de letrado donde la autodefensa no tiene ningún tipo de restricción en favor de la defensa técnica¹².

⁸ Sólo excepcionalmente y con carácter reducido los Tribunales para el ámbito castrense lo han admitido para el aseguramiento de la disciplina, pero como hemos dicho para algún aspecto muy concreto y ante una justificación especial, nunca con carácter general.

⁹ MOZO SEOANE A., loc. cit., p. 956.

¹⁰ NIETO GARCÍA A. (2005), *Derecho Administrativo sancionador*, p. 568. El Derecho Administrativo sancionador se separa del Derecho Penal configurando a aquel como una parte del Derecho Administrativo donde el procedimiento siempre ha sido administrativo y contencioso-administrativa es la jurisdicción revisora.

¹¹ STC 74/1985, de 18 de junio y STC 92/1996, de 22 de mayo.

¹² Sobre la autodefensa, la STC 29/1995, de 6 de febrero, ha señalado que «el derecho a la defensa privada o derecho a defenderse por sí mismo en el contexto de una cultura jurídica como la nuestra, caracterizada por el predominio de la defensa técnica, forma parte, ciertamente, del derecho más genérico, reconocido en el art. 24.2 CE (...) y que el derecho a la defensa comprende, en este aspecto, no sólo la asistencia de Letrado libremente elegido o nombrado de oficio, sino también a

En el procedimiento administrativo común la prescripción es clara: no existe un derecho fundamental del encartado a la asistencia letrada en los procedimientos administrativos sancionadores¹³. Y ello, porque el Tribunal Constitucional no ha concretado la traslación de este derecho a dicho ámbito y la interpretación finalística del art. 24.2 CE cierra los márgenes a una aplicación extensiva del mismo, rigiendo sólo para los Tribunales pero no para la Administración pública que ni siquiera lo contempla en las disposiciones que ordenan la regulación del procedimiento administrativo sancionador¹⁴.

Ahora bien, el hecho de que no sea obligatoria no quiere decir que se deniegue de plano aquella posibilidad si el encartado en un procedimiento requiere tal acción. La defensa técnica del imputado es entonces posible, pero no imprescindible ni mucho menos gratuita¹⁵.

De lo anterior, se deduce una importante consecuencia práctica en orden a la tramitación de los expedientes disciplinarios: no corresponde a la Administración el deber de notificar al encartado la posibilidad que le asiste en su defensa de valerse de la oportuna asistencia técnica ni, en su caso, proponer como fundamento de su alegación que la carencia de letrado, en vía administrativa, le ha ocasionado indefensión manifiesta¹⁶.

d) Peculiar recepción del derecho de asistencia técnica en el ámbito castrense: excepción a la regla general

No obstante, la afirmación del apartado anterior viene conociendo dos excepciones a partir de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Para la expresión del constituyente, la defensa técnica –aunque no necesariamente por abogado– constituye un derecho fundamental del inculcado en dos ámbitos específicos del derecho administrativo sancionador: los procedimientos disciplinarios penitenciarios¹⁷ y los derivados del régimen disciplinario militar y de la Guardia Civil.

defenderse personalmente en la medida en que lo regulen las leyes procesales de cada país configuradores del Derecho».

¹³ La doctrina del Derecho Administrativo se ha hecho firme defensor de los postulados del Tribunal Constitucional. Así, para GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO F. (2002) *Sanciones Administrativas*, Comares, Granada, p. 162, no es de aplicación a las sanciones administrativas el derecho de asistencia letrada, limitado a los procesos penales por delito. En el mismo sentido GARBERÍ LLOBREGAT J. (1989) *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*, Trivium, Madrid, pp. 194 y ss.. Para una visión amplia del derecho de asistencia letrada en expedientes administrativos vid. también CASTILLO BLANCO F.A. (1992), *Función pública y poder disciplinario del Estado*, Civitas, pp. 444-450.

¹⁴ En efecto, los arts. 135 y 137 de la LRJ-PAC que enumeran los derechos de los encartados en el procedimiento administrativo sancionador no mencionan este derecho.

¹⁵ STS de 17 de marzo de 2003

¹⁶ TRAYTER JIMÉNEZ J.M. (1992), *Manual de Derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Marcial Pons, Madrid, pp. 84 y 85

¹⁷ En este sentido, la proclamación de tal derecho en esta ámbito se reconoce determinando el alcance de su ejercicio, v.gr., en la STC 161/93 de 17 de mayo, que señala «...el ahora demandante de amparo fundamentó su recurso en un único motivo: la situación de indefensión de la que el actor estimaba haber sido objeto. Pese a la falta de precisión de aquel escrito (falta de precisión que no puede reprobarse a quien, no siendo experto en Derecho, podía legítimamente desconocer los exactos límites de su derecho a obtener asesoramiento), resulta claro que atribuyó esa situación de indefensión a que la Junta de Régimen y Administración no le hubiera permitido contar con

No se trata sólo de una previsión por las normas legales específicas como se va a poner inmediatamente de relieve, sino que se trata de un derecho específicamente garantizado por la CE para el caso de que se pretenda imponer una sanción a quien con la Administración se encuentre en una relación especial de sujeción¹⁸.

Partiendo de esta previsión, los artículos 53 de la LORDFAS y el 42 de la LORDGC vienen a disponer que el guardia civil o militar encartado en un procedimiento disciplinario podrá contar con el asesoramiento de un abogado o del militar que designe al efecto en todas las actuaciones que integren el procedimiento.

Del análisis sistemático de la JTC y los preceptos indicados se deduce con claridad que la percepción de este derecho fundamental a la asistencia letrada o militar ha de ser igualmente sentida para el ámbito castrense y de la Guardia Civil¹⁹. Y, las restricciones al ejercicio de tal derecho «sólo resultarán admisibles en la medida en que ese ejercicio resulte incompatible con la finalidad del procedimiento disciplinario»²⁰.

De este modo, a diferencia de lo que ocurre en el régimen sancionador general, la manifestación del derecho de defensa, en su vertiente de derecho de asistencia técnica, tiene plena vigencia y aplicación en el ámbito castrense y en el Instituto armado.

Distinto es, que la previsión del ejercicio de tal derecho sea preceptiva y, en su caso, gratuita.

el asesoramiento técnico adecuado para preparar la defensa que por sí mismo había de realizar en el expediente disciplinario, bien por medio de Abogado de oficio, bien por un funcionario del Centro Penitenciario que le orientara y asesorara, sin que hubiera recibido contestación a su petición ...». Acerca de la asistencia técnica en el ámbito penitenciario vid. ampliamente DUQUE VILLANUEVA J.C. (1998), *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, vol. IV, pp. 232-235; GARCÍA MORILLO J. (1997), «Los derechos fundamentales de los internos, en Poder Judicial, núm. 47, pp 48-49; y, DOMÍNGUEZ VILA A. (1991) «Derecho a la asistencia de letrado en el ejercicio por la Administración de potestades sancionadoras», en *Actualidad Administrativa*, vol. 3, pp. 443-447.

¹⁸ Su fundamento al igual que ocurre para con el proceso penal parece encontrarse en la salvaguarda y protección del derecho a la libertad del encartado o a su restricción. Vid. opinión al respecto de LÓPEZ BENÍTEZ M., (1994) *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, pp. 511-515. Y en el mismo sentido, SSTC 74/1985, 27/2001 y 236/2002, donde la sanción disciplinaria en el ámbito penitenciario se presenta como una grave limitación a la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de la pena.

¹⁹ Para ALARCÓN SOTOMAYOR L., op.cit., p 261. El uso de este derecho puede limitarse cuando su ejercicio resulte incompatible con las exigencias propias de la relación especial de sujeción que mantienen los militares con la Administración.

²⁰ STC 74/04, de 22 de abril, FJ 2º y 6º. «El acto de los poderes públicos que en este proceso de amparo se impugna tiene su origen en el ejercicio de la potestad disciplinaria vigente en el seno de la Administración militar, cuya singularidad tiene reconocimiento constitucional ex art. 25.3 CE. Ahora bien, la extensión 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 «relación 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 (...) Por tanto, se hace preciso valorar si el modo en que el demandante pretendió contar con asistencia letrada resultaba incompatible con la necesidad de un pronto restablecimiento de la disciplina quebrantada (...) En consecuencia hemos de concluir que la finalidad del rápido restablecimiento de la disciplina militar, fundamento, como hemos dicho, del procedimiento oral (...) no resultaba comprometida, y que la restricción al derecho a la asistencia letrada careció de justificación desde la perspectiva constitucional».

III. ALCANCE Y CONTENIDO DEL DERECHO DE ASISTENCIA TÉCNICA EN EXPEDIENTES DISCIPLINARIOS CASTRENSES Y DE LA GUARDIA CIVIL

a) *Naturaleza jurídica*

El ejercicio del derecho a la defensa en su vertiente de asistencia letrada (o militar) en expedientes disciplinarios militares y de la Guardia Civil se nos presenta en su configuración jurídica como un *derecho-facultad*. Esto es, se establece la posibilidad, en cumplimiento de la garantía prevista en el art. 24.2 CE, que el encartado en uno u otro procedimiento pueda contar con la asistencia de letrado o militar durante la instrucción del mismo. Aunque el derecho a la asistencia letrada sea de carácter fundamental, la intervención letrada no resulta preceptiva y «debe ser permitida en forma y grado estimables como proporcionados a la falta, a la sanción y al procedimiento»²¹.

Tratándose entonces de una facultad (a contar con asesoramiento) el interesado podrá desistir del ejercicio de tal derecho renunciándolo o no utilizándolo. No estamos entonces ante la presencia de un derecho-obligación a contar con asistencia letrada en la tramitación de dichos expediente, más característico de lo que sucede en el procedimiento penal.

No tratándose de una exigencia procedimental de contar con tal posibilidad, se concluye necesariamente que no existe obligación de asistir *de oficio* a los interesados en estos procedimientos por parte de los Colegios de Abogados²² ni de los militares o guardias designados por el interesado para su asistencia de hacerse cargo de la misma²³.

Para salvaguardar el ejercicio de tal derecho, esto es, la posibilidad que el encartado pueda ser asistido durante el transcurso de un procedimiento de letrado o militar, bastaría con advertir al interesado de dicha posibilidad. Tal advertencia, en buena técnica jurídica, debiera practicarse en el mismo momento en que se notifica al presunto responsable la iniciación del procedimiento que contra él se ha incoado.

b) *Delimitación conceptual de los sujetos legitimados para la prestación de asistencia técnica.*

La asistencia técnica puede serlo por letrado o guardia civil y militar señala la normativa arriba comentada. Ello, requiere la aclaración previa de que vamos a entender por cada uno de estos conceptos a efectos del procedimiento sancionador castrense y de la Guardia Civil.

Militar y guardia civil

Por militar o guardia civil habrá de entenderse a los que adquieran tal condición de acuerdo con su respectiva normativa de personal que para los militares es de la Ley

²¹ STS Sala de lo Militar de 3 de junio de 2002.

²² La Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita no contempla esta posibilidad. El Tribunal Constitucional a tenido oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión en la STC de 12 de julio de 1993 señalando que «la plena asistencia letrada sólo es exigible constitucionalmente en los procesos judiciales, y además, no en todos, sino sólo cuando los intereses de la justicia así lo requieran.

²³ Con la única excepción de la previsión contenida para los militares de reemplazo.

39/2007²⁴, de 19 de noviembre, de la Carrera militar en relación con la Ley 8/2006²⁵, de 4 de abril de Tropa y Marinería mientras que para en Benemérito Instituto será necesario tener en cuenta las disposiciones de la Ley 42/1999²⁶, de 25 de noviembre, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil.

En principio, para el ámbito exclusivamente militar los términos del propio art. 53.2 de la LORDFAS limitan la posibilidad de tal ejercicio únicamente a los Oficiales y Suboficiales cuanto se trate de la solicitud de asistencia sin designación específica o no se prestare la conformidad por parte del interesado. De aquí, podemos deducir *a sensu contrario* que no puede operar limitación a la designación por parte del encartado de personal de tropa y marinería profesional para el desempeño de la asistencia técnica, siempre y cuando el designado, naturalmente, acepte²⁷.

Respecto a la LORDGC, no hay inconveniente alguno en que la función de asesoramiento y asistencia pueda ser desempeñada por quienes ostentan la categoría de guardias.

Modulación del concepto de interesado

Por interesado a efectos del procedimiento disciplinario en el ámbito de la LORDFAS y la LORDGC habrá que entender al sancionado, infractor, responsable, expedientado, autor, inculcado o al más genéricamente designado encartado que son los términos que de ordinario utilizan ambas normativas para referirse a la persona contra el que el procedimiento se dirige.

²⁴ Según el artículo 76 de la Ley 39/2007 «1. La condición de militar de carrera se adquiere al incorporarse a una escala de oficiales o de suboficiales con la obtención del primer empleo militar, una vez superado el plan de estudios correspondiente y obtenida la titulación exigida (...)3. También adquieren la condición de militar de carrera los militares de tropa y marinería cuando, según lo previsto en la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería, accedan a una relación de servicios de carácter permanente; Para los militares de complemento, el artículo 77 « La condición de militar de complemento se adquiere al adscribirse a una escala y cuerpo mediante la superación del plan de estudios correspondiente y firmado el compromiso inicial; Para los militares de tropa y marinería ha dispuesto el artículo 78 que tal condición «se adquiere al incorporarse a una escala una vez superado el periodo de formación determinado en la convocatoria de pruebas selectivas para el acceso a tal condición y firmado el compromiso inicial regulado en la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería, que establece las modalidades de relación, las renovaciones y ampliaciones y el compromiso de larga duración.

²⁵ Según el artículo 4 «la condición de militar profesional de tropa y marinería se adquiere al obtener el empleo de soldado o marinero concedido por el Jefe de Estado Mayor del Ejército correspondiente, una vez superado el periodo de formación general militar establecido en la convocatoria de pruebas selectivas para el acceso a tal condición y firmado el compromiso inicial (...) en cuya virtud quedará incluido en el Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas.

²⁶ El artículo 2 .1. de la normativa que rige el régimen de personal del Benemérito Instituto señala que «son guardias civiles los españoles vinculados al Cuerpo de la Guardia Civil con una relación de servicios profesionales de carácter permanente y, dada la naturaleza militar del Instituto en el que se integran, son militares de carrera de la Guardia Civil».

²⁷ Parece que la interpretación extensiva debiera imponerse en este caso en aras de la salvaguarda de los derechos fundamentales. No permitir tal posibilidad podría atentar contra el propio derecho de defensa del encartado. Piénsese, por ejemplo, que entre los miembros tropa y marinería pudieran encontrarse personal con mejor formación jurídico que en los cuadros de Mando o con los que el encartado mantenga relación de confianza que justifica la elección del mismo para su asistencia y asesoramiento.

Esto supone una variación respecto de la definición contenida en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pues en nuestro ámbito el único legitimado para intervenir en el procedimiento (o en vía de revisión) es la persona contra la que el mismo se dirige, no existiendo como se dijo al principio la actuación mediante representación. No es de aplicación entonces, al menos en su totalidad, la previsión del art. 31 de la citada norma²⁸.

Letrado

Finalmente, por letrado o abogado tendrá que considerarse al licenciado en derecho que, colegiado, ejerce libremente su profesión²⁹. En España la actividad profesional del Abogado se regula en Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, cuyo artículo 6 contempla que «corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado al Licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico», añadiendo su artículo 9.1 que «son abogados quienes, incorporados a un Colegio español de Abogados en calidad de ejercientes y cumplidos los requisitos necesarios para ello, se dedican de forma profesional al asesoramiento, concordia y defensa de los intereses jurídicos ajenos, públicos y privados».

En cualquier caso, la condición de letrado y militar o Guardia Civil debe quedar acreditado en el procedimiento. Ello, pudiera realizarse mediante la incorporación de fotocopia advenida por el secretario de la tarjeta de identidad profesional (TIP), tarjeta de identidad militar (TIM), Documento Nacional de Identidad (DNI) tratándose de profesionales de las FAS o el Instituto Armado; o el carné profesional o número de colegiado en el caso de los Letrados.

²⁸ Sobre los interesados en el procedimiento trata el Título III de la Ley 30/1992 (arts. 30 al 34, ambos inclusive). El art. 31 LRJ-PAC, establece el concepto de interesado, disponiendo: «1. Se considera interesados en el procedimiento administrativo: a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos. b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte. c) Aquéllos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva. 2. Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca. 3. Cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derecho-habiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento». Sobre el concepto de interesado puede verse GONZÁLEZ PÉREZ J. y GONÁLEZ NAVARRO F (2003), *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el procedimiento administrativo común*, t.I, Thomson-Civitas, 3ª edición, Madrid, pp. 909-940.

²⁹ Del latín *advocatus* (llamado en auxilio) es aquella persona que ejerce profesionalmente la dirección y defensa en toda clase de procesos judiciales y administrativos y que, además, asesora y da consejo en materias jurídicas a sus patrocinados. Genéricamente se puede definir el término abogado como la persona con título de grado habilitado conforme a la legislación de cada país, que ejerce el Derecho, en asistencia de terceras personas, siendo un auxiliar activo e indispensable en la administración de la Justicia de un país. Sobre esta cuestión, vid. AAVV, (Coord. J.L. Rodríguez-Villasante y Prieto), (2001), *Comentarios a la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil (Ley Orgánica 11/1991)*, *Comentarios y Jurisprudencia*, t. I, Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, Madrid, p. 269.

c) *Contenido y limitaciones en su ejercicio*

Del análisis de la normativa disciplinaria militar y de la de la Guardia Civil se desprende que el ejercicio y concreción del derecho de asistencia técnica en este tipo de expedientes debe limitarse a dos actuaciones concretas como son: el asesoramiento y la asistencia.

El asesoramiento implica la acción de tomar consejo por parte del encartado respecto a la manifestación de conocimiento dada de aquellos versados en leyes o que *legos* en derecho tienen la condición de militares o guardias civiles, es decir, el mero consejo. La asistencia, queda concretada en la presencia física y acompañamiento de quien ejerce el asesoramiento del encartado en todas las actuaciones a que el procedimiento da lugar.

Lo que en ningún caso comprende el derecho de asistencia letrada en expedientes disciplinarios es la representación o postulación procesal (ni en principio la participación en el mismo procedimiento)³⁰. Las facultades del expedientado están taxativamente determinadas sin que quepa una interpretación extensiva de la misma que permita ampliar aquellas a capricho del encartado³¹.

En este contexto se trae a colación la STC 74/1985 de 18 de junio³² que nos ayuda a perfilar el contenido concreto del derecho a la defensa:

La posibilidad de asesorarse por su Abogado «durante la tramitación del expediente» le permite redactar su contestación al pliego de cargos bajo la dirección de Letrado, así como aconsejarse de éste para proponer pruebas (...). Pero la limitación del asesoramiento o asistencia de su Abogado, implícita en la negación de su presencia no puede considerarse contraria en este caso al artículo 24.2 de la Constitución (...) pues en efecto, la eficacia de la asistencia técnica no queda

³⁰ El procedimiento sancionador se dirige directamente contra los interesados o encartados cuya intervención en el procedimiento es personal y directa no admitiendo la ley la posibilidad de que aquellos se hagan representar por otra persona

³¹ STS Sala Quinta de 10 de marzo 1999 FD 1º, «señala para que no le quede duda alguna al recurrente sobre lo desacertado de dicha alegación, bastará con recordarle la doctrina jurisprudencial de la Sala –mencionada expresamente por la Abogacía del Estado en su escrito impugnatorio–, de la que resulta, que no son equiparables en forma alguna los procedimientos disciplinarios a los procesos jurisdiccionales, dado que los segundos constituyen una revisión judicial de los actos y decisiones administrativas, y el principio de contradicción que se presume vulnerado por el recurrente en la actuación administrativa tiene un contenido limitado a los actos en que se da traslado al expedientado para alegar, impugnar y proponer prueba, dentro del trámite administrativo, sin que sea posible convertir ese trámite en un procedimiento sumarial penal, como confunde la parte recurrente. Los arts. 53 y 39 a 51 LO 11/1991 de 17 Jun., marcan la pauta procedimental a seguir en todo Expediente Gubernativo, y en los mismos no se contempla, como es obvio, citación alguna al posible defensor del expedientado para que presencie la práctica investigadora del Instructor, que ha de guiarse por los principios de objetividad y eficacia en el actuar administrativo que establece el art. 103 CE, y quedando después sometido al control jurisdiccional previsto en el art. 106 de esa misma Norma Suprema».

³² También la STC 190/87 de 1 de diciembre y 192/1987, de 2 de diciembre. Si bien referida al ámbito penitenciario no hay ningún inconveniente en hacerlo extensivo al régimen disciplinario sancionador militar y de la Guardia Civil. Por parte la Sala Quinta del Tribunal Supremo ha prestado atención a la delimitación del contenido del derecho de asistencia técnica en las Sentencias d el de octubre de 1997 y 4 de noviembre de 1998.

sustancialmente disminuida por la falta de presencia física del Letrado, ya que su asesoramiento está previsto que se produzca en momento oportuno, puede versar tanto sobre el pliego de cargos como sobre la prueba, y puede dar lugar a una con-estación de descargo técnicamente preparada, sobre todo en el caso de la contestación por escrito de modo directo por el Abogado del interno.

La posibilidad de asesorar y asistir al patrocinado no comprende en ningún caso que por parte de quien la ejerza se interrumpa o se emita protesta al instructor o secretario, ya que como se ha dicho no tiene el letrado o militar la representación o consideración de «defensor de parte», ni mucho menos la de interesado.

Deberá el letrado (o militar y guardia civil) limitarse a recomendar a su patrocinado sobre la conveniencia de declarar o no, o el sentido en que ha de producirse ésta. No teniendo el instructor por qué admitir –al menos desde el plano teórico– la formulación de preguntas directas al encartado o cualesquiera persona intervenga en calidad de testigos o peritos en el procedimiento³³.

d) Variación en la percepción de la intensidad de este derecho según las distintas fases del procedimiento

En el procedimiento disciplinario militar y de la Guardia Civil se distinguen dos fases claras y determinadas en orden a la eventual desvirtualización de la presunción de inocencia: la fase de instrucción, donde el instructor investiga los hechos que presuntamente han dado lugar a la comisión de la infracción disciplinaria; y, la acusación formal que, plasmada en el pliego de cargos³⁴, viene a determinar la convicción del instructor sobre la responsabilidad del encartado de acuerdo con la instrucción realizada.

En este sentido, la JTS ha perfilado con claridad la no obligación por parte del instructor de tolerar la presencia de letrado durante la práctica de las pruebas en la fase investigadora, sin que la falta de notificación de la misma vicie o invalide prueba alguna.³⁵

De lo anterior, se deduce que el momento apropiado para convenir la participación del letrado en el procedimiento sea a partir de la formalización de la acusación con la emisión del oportuno pliego de cargos³⁶. No obstante, ello no significa que haya que notificarse al letrado la citación a cualesquiera trámites al mismo, sino que ha partir de ese momento habría de admitir su presencia, únicamente, para la asistencia y asesoramiento de su patrocinado³⁷

³³ Distinto es que por cuestiones de economía procedimental sea práctica habitual que instructor y secretario acepten la intervención directa del letrado tras el trámite de preguntas en la audiencia. Cuestión que por otra parte es paradójica, pues todo aquello que el letrado o militar pretendía poner de manifiesto y relevancia emergería del propio encartado toda vez que éste se haya valido del asesoramiento del letrado acompañante. De esta manera, entendemos también se refuerza y garantiza el derecho de defensa eliminando los peligros de una eventual limitación del mismo cuya consecuencia última podría ser la nulidad de las actuaciones por la eventual indefensión que al encartado pudiera irrogársele.

³⁴ En caso de tratarse de faltas leves de la LORDGC a partir del momento en que se declara admitida la prueba.

³⁵ STS Sala de lo Militar de 10 de marzo de 1999, FD 1º.

³⁶ STS 23 de febrero de 2005 y STS 111/1999.

³⁷ Vid. arts. 38 y 42 LORDGC

e) Extensión del derecho de asistencia técnica a toda clase de faltas

Toca ahora preguntarse si el derecho a la asistencia letrada se predica sólo de las faltas graves o muy graves o es posible su extensión, también, al ámbito de las faltas leves. Aquí es preciso hacer un inciso entre el régimen militar y el derivado de la Guardia Civil.

Regulación en la LORDFAS

Los artículos 53 y 64³⁸ de la LORDFAS disponen que el militar expedientado podrá contar con el asesoramiento de un abogado o militar que designen al efecto en todas las actuaciones que integran el procedimiento disciplinario por faltas graves y muy graves que se dirija contra él, guardando silencio con respecto a las faltas leves.

No habiendo manifestación expresa de la Ley, el problema se plantea respecto a la posibilidad de que tal derecho pueda ser contemplado y ejercido o no en el ámbito del procedimiento por falta leve.

En la práctica, no suele formularse pretensión alguna al respecto dado el carácter dinámico del procedimiento oral. Pero esta circunstancia no obsta a que, en ocasiones, pudieran plantearse supuestos problemáticos, toda vez que la reclamación del derecho de defensa, por parte del encartado, reclamando la asistencia técnica puede suponer un enfrentamiento entre dos posiciones opuestas. De un lado, el interés del encartado a hacer valer su derecho de defensa a través del derecho de asistencia técnica; de otro, la eventual frustración del fundamento último del procedimiento en faltas leves, cual es la inmediata reparación de la disciplina englobado, dentro de un procedimiento preferentemente oral y sumario³⁹.

En relación a esta cuestión, el TS ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones declarando que en el procedimiento disciplinario militar por faltas leves no es aplicable el derecho fundamental a la asistencia letrada⁴⁰.

Sin embargo, la interpretación constitucional ha dado lugar a una aplicación extensiva del reconocimiento del derecho que estamos analizando a partir de la STC 74/2004 de 22 de abril, al entender aplicable también la posibilidad de ejercer el derecho de asistencia letrada –como manifestación del derecho de defensa–, pero sujetándolo a ciertas consideraciones⁴¹. De ahí, que para su aplicación se construya a dos reglas esenciales: por un lado, el derecho fundamental a la asistencia letrada es

³⁸ Los arts. 64 y ss. de la LORDFAS regulan la tramitación de los Expedientes Gubernativos.

³⁹ Sobre la asistencia letrada en el procedimiento oral vid. CALVO CABELLO J.L., «La traslación de las garantías procesales al Derecho sancionador militar. Valoración de la prueba», en *Derecho penal y disciplinario militar* (2006), DE LEÓN VILLALBA F. J. (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp 105-131, p 116; y, FORTÚN ESQUIFINO R. (2000), *Comentarios a las ley disciplinaria de las Fuerzas Armadas*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa, pp. 932 y 933; ESQUIVIAS LÓPEZ-CUARVO A., JOLY PALOMINO F. Y MARTÍN VICENTE M.A. (2000), *Comentarios a la Ley Disciplinaria Militar*, Ingrasa, Cádiz, pp. 252 y 253; y, RODRÍGUEZ TEN J. (2000), *Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas*, Aranzadi, Pamplona, pp. 200 y 201.

⁴⁰ V.gr., SSTS de 8 de febrero de 1999 y de 3 de junio de 2002, Sala de lo Militar.

⁴¹ La mentada STC parece modificar el criterio contenido en la STC 23/1995 en la que se declaraba que «la garantía de la asistencia letrada, como garantía constitucional conectada al derecho de defensa, no despliega su eficacia sobre los procedimientos administrativos, implicando la nulidad inconstitucional de lo en ellas actuado».

aplicable en cualquier procedimiento disciplinario militar; por otro, la restricción del ejercicio de este derecho fundamental sólo resulta admisible si deviene indispensable para garantizar la finalidad que persigue el procedimiento, esto es, la inmediata reparación de la disciplina.

Regulación en la LORDGC

Respecto al ámbito de la Guardia Civil, la promulgación de la 12/2007 ha despañado cualquier duda sobre la extensión de la aplicación de este derecho proyectándolo la configuración del mismo respecto de todos los procedimientos, no sólo en los casos de falta grave o muy grave, sino también de falta leve⁴² a diferencia de lo que ocurría con la LO11/1991, que lo restringía sólo a los derivados de la comisión de la falta grave o muy grave⁴³.

f) Una nota acerca de la designación de oficio de militares

El art. 53 de la LORDFAS en su apartado segundo sólo prevé la asistencia de oficio a los militares de reemplazo⁴⁴. De esta manera, desde el momento en que el militar manifiesta su interés en ser asesorado o no de cuenta de la persona concreta que ha de hacerse cargo de la misma, o la persona designada no quiera aceptar esta responsabilidad, será asistido por el oficial o suboficial designado por el Jefe de la Unidad de la que dependa .

Esta forma de asistencia –que se aproxima a un asesoramiento militar de oficio– ha perdido relevancia toda vez que la figura del militar de reemplazo ha dejado de existir en nuestros ejércitos con la profesionalización del mismo y la desaparición del servicio militar.

Habría que preguntarse, hasta que punto, y dado el carecer tuitivo que inspiró la norma, no sería deseable su extensión a los militares profesionales de tropa y marinería. Circunstancia que en principio parece inviable (lamentablemente).

Por lo que respecta al ámbito de la Guardia Civil, la dicción literal del art. 42.2 LORDGC determina el carácter voluntario de la designación lo que hace inviable la *designación de oficio* para el desempeño de las funciones de asistencia técnica a los miembros del Benemérito Instituto, posibilidad que está prevista únicamente para el ámbito de las FAS y exclusivamente para los militares de reemplazo.

⁴² Así lo dispone el art. 42. 1 LORDGC «En el momento en que se notifique la apertura del procedimiento, se informará al interesado del derecho que le asiste a no declarar, a no hacerlo contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia. También será informado del derecho a la asistencia legal contenido en el apartado siguiente».

⁴³ Sobre el tratamiento jurídico en la regulación anterior vid. FORTÚN ESQUIFINO R. (2001), *Comentarios a la Ley disciplinaria de la Guardia Civil (LO 11/1991) Comentarios y Jurisprudencia*, t.I, Ministerio del Interior –Secretaría General Técnica 3ª edición, Madrid., p. 969. Véase también MILLÁN GARRIDO A. (1992), *Régimen disciplinario de la Guardia Civil*, Trotta, Madrid, p. 120.

⁴⁴ Incorporado a partir del art. 12 del Reglamento del Servicio Militar, aprobado por RD 1410/1994, de 25 de junio que establece «a los efectos de facilitar su asesoramiento en el expediente disciplinario por falta grave que se le instruya a un militar de reemplazo, podrá contar, desde el inicio del procedimiento, con el del letrado que estime conveniente. No obstante se le ofrecerá ser asesorado por un oficial o suboficial de su unidad. Si manifestare su voluntad de ser asistido por un asesor militar, no señalando persona en concreto, le será asignado de oficio por el jefe de la unidad».

Por otro lado, en caso de optarse en la elección de la defensa técnica por persona que no sea Letrado en el ámbito de la LORDGC, el apartado segundo del art. 42 cierra la posibilidad a que se designe a persona ajena al Instituto armado ya que explícitamente señala que sólo podrá recaer tal responsabilidad en un Guardia Civil⁴⁵.

g) Resarcimiento y abono

Toca ahora abordar el tema del eventual resarcimiento y abono por parte de Letrado o persona que al encartado asista y en su caso, si al igual que ocurre con otros procedimientos, puede éste beneficiarse de las ventajas del derecho de asistencia jurídica gratuita.

El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre este asunto, especialmente con ocasión del procedimiento disciplinario penitenciario y que entendemos perfectamente aplicable al caso, lo que implica necesariamente una remisión al estudio de sus resoluciones con objeto de determinar la extensión o no del beneficio de la justicia gratuita al campo de del derecho administrativo sancionador castrense y sus efectos si los hubiera.

Así, las SSTC 2/1987, de 21 de enero y 229/1993, de 12 de julio que señalan y precisan sobre el ejercicio del derecho de asistencia técnica que:

«no se trata de un derecho a la asistencia letrada (...) incluyendo el derecho a la asistencia jurídica gratuita en caso de necesidad si se carece de los medios suficientes para ello (...) En consecuencia, nada hay que reprochar constitucionalmente a la negativa a designar un Letrado de oficio.»

Por su parte, las SSTC 128/1996, de 9 de julio y 83/1997, de 22 de abril declaran que:

«este Tribunal ha concretado el contenido del mencionado derecho fundamental (a la asistencia letrada) en el sentido de que no implica el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita durante el procedimiento administrativo lo que no contradice el art. 24.2 CE, pues no resulta del art. 6.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, tal derecho a la gratuidad sólo existe claramente en los procesos judiciales, y, además no en todos, sino sólo de aquellos respecto de aquellos en los que la preservación del derecho de defensa y los intereses de la justicia así lo requieran.»

Con mayor claridad, las SSTC 116/2002, de 20 de mayo y 104/2003, de 2 de junio determinan:

«...aunque el derecho a asesorarse durante la tramitación del expediente constituye una de las garantías procesables aplicables, no implica (...) el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita»

Del análisis de la doctrina constitucional expuesta, podemos concluir, contundentemente, que el derecho a la asistencia de letrado o militar en los procedimientos disci-

⁴⁵ De esta manera, entendemos se cierra la posibilidad a que la función de asistencia técnica sea desarrollada por militares que destinados y encuadrados orgánicamente en Unidades de la Guardia Civil, v.gr., Suboficiales armados u Oficiales Especialistas o de Cuerpos Comunes, pudieran eventualmente desempeñar aquellas funciones en el caso que para las mismas fueran designadas.

plinarios militares y de la Guardia Civil, no supone que los encartados en cualesquiera de ellos puedan beneficiarse del reconocimiento del derecho de asistencia gratuita.

Así las cosas, los gastos ocasionados por el asesoramiento legal en vía de recurso no pueden, tampoco, considerarse como daño o perjuicio derivado de la sanción disciplinaria indebidamente impuesta ya que nada que ver tienen los conceptos de costa procesal y responsabilidad patrimonial. Como argumento complementario, el art. 463 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar permite que sea el propio interesado el que comparezca en esta vía sin necesidad de asistencia o postulación procesal, lo que implica que el gasto por los servicios del Letrado no son inexcusablemente necesarios, sino potestativos por el recurrente⁴⁶.

Más claramente, en el ámbito de la Guardia Civil el art. 42.2 LORDGC ha establecido:

El interesado podrá contar, en todas las actuaciones a que dé lugar cualquier procedimiento, con el asesoramiento y la asistencia de un abogado en ejercicio o de un Guardia Civil que elija al efecto. De optarse por esta segunda posibilidad, las autoridades y mandos correspondientes facilitarán, al designado, la asistencia a las comparecencias personales del interesado ante las autoridades disciplinarias o instructores de los expedientes, y su asesoramiento será siempre voluntario, sin que tal designación confiera derecho alguno al resarcimiento por los gastos que pudieran derivarse de la asistencia. Los honorarios del letrado designado serán por cuenta del interesado.

De aquí, se deduce que el ejercicio de tal derecho no genera indemnización alguna por razón del servicio ni tampoco sirva como causa de exención legítima del servicio nombrado⁴⁷.

En cuanto a los honorarios, estos serán de cuenta del interesado⁴⁸

IV. CONCLUSIONES.

1ª. El derecho de defensa internacionalmente proclamado en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y en el Convenio Europeo de Derechos

⁴⁶ Vid., AAVV (Coord. Nicolás Marchal Escalona) (2008), (Manual de derecho disciplinario de la Guardia Civil), Thomson-Aranzadi, Pamplona, p. 595. Por su parte, el art. 463 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar señala, el demandante podrá conferir su representación a un Procurador, valerse tan sólo de Abogado con poder al efecto, o comparecer por sí mismo asistido o no de Abogado.

No obstante, para que el demandante pueda interponer y sustanciar los recursos de casación y revisión, será necesario que comparezca asistido y, en su caso, representado por Letrado

⁴⁷ Circunstancia distinta es que de ordinario se permita al designado para prestar la asistencia técnica diferir el cumplimiento de sus obligaciones o anticiparlos en el tiempo, para precisamente poder cumplir con la función de asistencia encomendada, siempre claro, que no sea incompatible con las necesidades del servicio.

⁴⁸ Así lo establece el art. 42.2 LORDGC para el ámbito de la Guardia Civil criterio que es lógicamente extensible al ámbito de las LORDFAS en ausencia de manifestación expresa de aquella sobre esta cuestión

Humanos, queda reconocido e integrado en el ordenamiento jurídico español a la luz del art. 24.2 de la CE a través de una enumeración pormenorizada de los medios para hacer efectivo el mismo. Entre estos medios se encuentra el derecho a la asistencia letrada o técnica como manifestación instrumental de aquel derecho. Respetando su *contenido esencial*, la ley (disciplinaria) podrá vertebrar los cauces y técnicas adecuadas para que ese derecho fundamental sea realmente observado

- 2^a. A pesar de su vocación eminentemente penal, se traslada y reconoce al ámbito del Derecho Administrativo sancionador el derecho de defensa, si bien se establece como regla general el carácter no preceptivo de la asistencia letrada o técnica. Y, aunque su intervención se presenta como posible (al menos la del letrado), no es imprescindible ni gratuita.
- 3^a. Como excepción a esta regla general, el Tribunal Constitucional ha permitido trasladar el derecho de asistencia técnica, como manifestación concreta del derecho de defensa, al ámbito penitenciario y al castrense y de la Guardia Civil. Su fundamento parece encontrarse en las relaciones de especial sujeción que los sujetos sometidos a sus respectivos regímenes disciplinarios mantienen con la Administración.
- 4^a. El contenido del derecho de asistencia técnica en el ámbito militar y del Benemérito Instituto se concreta en la posibilidad de asesorar y asistir al encartado. En ningún caso, tendrá el letrado o persona que le asista la consideración de parte o la representación del encartado sin que tampoco exista obligación por parte del instructor del expediente de notificar a alguno de éstos cualesquiera trámites procedimentales.
- 5^a. En su configuración jurídica la asistencia técnica se presenta como un *derecho-facultad* al que el encartado puede renunciar voluntariamente o dejar de ser utilizado por el interesado, no aconteciendo quebranto alguno al derecho de defensa cuando el encartado, pudiendo hacerlo, comparece sin su asesor a la audiencia.
- 6^a. No existe un derecho a la defensa técnica de oficio en el ámbito del derecho disciplinario castrense y de la Guardia Civil, salvo lo que se dijo para los militares de reemplazo en los términos que señala la normativa del servicio militar y con los matices indicados.
- 7^a. El derecho a la asistencia letrada tanto en el ámbito militar como en el de la Guardia Civil se extiende en toda clase de procedimientos, ya sean leves, graves o muy graves.
- 8^a. Finalmente, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, puede decirse que no existe un derecho a la gratuidad de la asistencia técnica, debiendo correr los gastos que se ocasionen como consecuencia de dicha asistencia por cuenta del encartado, sin que tampoco se genere por quien la preste derecho a indemnización alguna o exención de servicios.

7. CONTROL DE LAS RESOLUCIONES DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO.

Isidro Fernández García
Alférez Alumno de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos

SUMARIO: I. Introducción. II. La jerarquía o primacía del Derecho Internacional Público. III. La protección de los Derechos Fundamentales. IV. El control de legalidad por los órganos jurisdiccionales. V. Conclusiones. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Como es bien sabido, al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas le es conferida «la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales»¹. La propia Carta de San Francisco le otorga para ello una serie de instrumentos que se residen en el Capítulo VII, con la siguiente rúbrica: «Acción en caso de amenazas a la paz; quebrantamientos de la paz o actos de agresión». Por ello, es posible colegir que los poderes que el Capítulo VII de la Carta otorga al Consejo de Seguridad sólo pueden activarse ante uno de estos presupuestos: **Amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión**. Pero, dentro del propio Cap. VII, podemos distinguir fundamentalmente dos tipos de acciones: las que implican el uso de la fuerza, basadas en el art. 42 de la Carta, y las medidas que no implican el uso de la fuerza, más conocidas como sanciones internacionales. Sobre éstas últimas gira la problemática que vamos a examinar y, por ello, en ellas nos vamos a detener. Las sanciones internacionales suelen ser adoptadas por el Consejo de Seguridad en ejercicio de los poderes que le atribuye el art. 41 de la Carta, aunque sin mencionarlo expresamente, salvo la práctica reciente respecto a Irán.² Podemos distinguir una evolución en la práctica del Consejo en la adopción de sanciones. De manera que comenzó aplicando sanciones **globales**. Así, la Res. 661 (1990) sobre Irak. Pero la literalidad de las

¹ Art. 24.1 de la Carta de las Naciones Unidas, de 26 de junio de 1945.

² Resoluciones 1737 (2006), 1747 (2007) y 1803 (2008).

resoluciones era tan genérica y la interpretación de las excepciones tan restrictiva por el Comité de Sanciones que la población civil fue la verdadera *sancionada*. Se da el paso así a las sanciones **selectivas**, también denominadas **inteligentes**, porque la acción del Consejo de Seguridad se centra en un determinado objeto o en determinados sujetos, como los mandatarios de un Estado o los dirigentes de fuerzas rebeldes. Se mejora así la aplicación efectiva de las sanciones todo ello bajo el corolario de una especie de institucionalización del sistema, con la creación de Comités de Sanciones. Se modificaron los procedimientos del Comité de Sanciones, tanto en lo relativo a la aplicación de exenciones como en la solicitud de supresión de personas o entidades de las listas aprobadas. Así «[c]omo parte de su firme determinación de asegurar que haya procedimientos justos y claros para incluir a personas y entidades en las listas de sanciones y para suprimir sus nombres de ellas, así como para conceder exenciones humanitarias, el 19 de diciembre de 2006 el Consejo de Seguridad aprobó su resolución 1730 (2006) en la que pidió al Secretario General que estableciera en la Secretaría (Subdivisión de Órganos Subsidiarios del Consejo de Seguridad) un punto focal para recibir las solicitudes de supresión de nombres de las listas y llevar a cabo las tareas descritas en el anexo de esa resolución».³

Pero, centrándonos en el supuesto que nos ocupa: el control real de las resoluciones del Consejo de Seguridad en el ámbito de la Unión Europea, hemos de partir de la **Resolución 1267 (1999) del Consejo de Seguridad de 15 de octubre de 1999**, adoptada en el marco de la llamada «*guerra contra el terrorismo*», por la que se exige que los talibanes entregasen a Usama bin Laden a las autoridades competentes. En lo que nos interesa, el párrafo 4, apartado b), de la mencionada resolución ordenaba que todos los Estados congelarán los fondos y otros recursos financieros, incluidos los fondos producidos o generados por bienes de propiedad de los talibanes o bajo su control directo o indirecto, o de cualquier empresa de propiedad de los talibanes o bajo su control, que designe el Comité establecido en virtud del párrafo 6 infra, y velarán por que ni dichos fondos ni ningún otro fondo o recurso financiero así designado sea facilitado por sus nacionales o cualquier otra persona dentro de su territorio a los talibanes o en beneficio de ellos o cualquier empresa de propiedad de los talibanes o bajo su control directo o indirecto, excepto los que pueda autorizar el Comité en cada caso, por razones de necesidad humanitarias. A continuación, el párrafo 6 de la resolución decide establecer un «Comité de Sanciones», encargado de velar por el cumplimiento de los Estados de las medidas establecidas en el párrafo 4, señalar los fondos u otros recursos financieros contemplados en dicho párrafo y resolver las peticiones de exención de las medidas impuestas en el mencionado párrafo 4. El 14 de febrero de 2000 por el Consejo de la Unión Europea (en adelante, el Consejo) se adopta el **Reglamento (CE) n° 337/2000, relativo a la prohibición de vuelos y a la congelación de capitales y otros recursos financieros de los talibanes de Afganistán**. El 19 de diciembre de 2000, el Consejo de Seguridad aprueba la **Resolución 1333 (2000)** por la que reitera y refuerza los mandatos y prohibiciones impuestas en la Res. 1267 (1999). Para dar cumplimiento a la Res. 1333 (2000), el Consejo adopta la **Posición Común 2001/154/PESC** y, más tarde, el 6 de marzo de 2001, el **Reglamento n° 467/2001**, por el que se prohíbe la exportación de determinadas mercancías y

³ Presentación de la página *web* del Comité de Sanciones del Consejo de Seguridad.

servicios a Afganistán, se refuerza la prohibición de vuelos y se amplía la congelación de capitales y otros recursos financieros de los talibanes de Afganistán y se deroga el Reglamento nº 337/2000. En el anexo I del Reglamento nº 467/2001 se prevé la lista de las personas, entidades y organismos a quienes se aplica la congelación de fondos impuesta por el artículo 2. Con fecha 9 de noviembre de 2001 se publica por el Comité de Sanciones un *addendum* a su lista de 8 de marzo de 2001. El 16 de enero de 2002 se dicta una nueva Resolución por el Consejo de Seguridad, la **1390 (2002)**, y el Consejo adopta para su ejecución el **Reglamento (CE) nº 881/2002**. El 20 de diciembre de ese mismo año el Consejo de Seguridad aprueba la **Resolución 1452 (2002)**. En su párrafo 1 dispone que los Estados pueden conceder por razones humanitarias un cierto número de excepciones a la congelación de fondos y de recursos económicos impuesta por las Resoluciones 1267 (1999), 1333 (2000), y 1390 (2002), previa aprobación del Comité de Sanciones. Se aprueba más tarde (17 de enero de 2003) por el Consejo de Seguridad la Resolución 1455 (2003). Nuevamente el Consejo adopta un Reglamento para darle cumplimiento: el **Reglamento (CE) nº 561/2003**, que modifica el nº 881/2002 en lo relativo a las excepciones a la congelación de fondos y otros recursos económicos. Se opera una modificación de dicho reglamento para permitir exenciones respecto a fondos o recursos económicos cuando

- a) una autoridad competente de los Estados miembros, incluida en el anexo II, haya determinado, a petición de una persona física o jurídica interesada, que esos fondos o recursos económicos son:
 - i) necesarios para sufragar gastos básicos, incluido el pago de alimentos, alquileres o hipotecas, medicamentos y tratamientos médicos, impuestos, primas de seguros y servicios públicos,
 - ii) destinados exclusivamente a pagar honorarios profesionales razonables y reembolsar gastos relacionados con la prestación de servicios jurídicos,
 - iii) destinados exclusivamente a pagar retribuciones o exacciones por servicios de conservación ordinarios o de mantenimiento de fondos o recursos económicos congelados, o
 - iv) necesarios para gastos extraordinarios, y
- b) dicha determinación ya ha sido notificada al Comité de sanciones, y
- c) i) en el caso de una determinación conforme a lo dispuesto en los incisos i), ii) o iii) de la letra a), el Comité de sanciones no se haya opuesto a la determinación en un plazo de 48 horas a partir de la notificación, o ii) en el caso de una determinación conforme a lo dispuesto en el inciso iv) de la letra a), el Comité de sanciones haya aprobado la determinación. El apartado 2 de este art. 2 bis que se introduce aclara que las personas que deseen acogerse a las disposiciones del apartado 1 deberán dirigir su solicitud a la autoridad competente del Estado miembro. A continuación prevé que dicha autoridad notificará, sin demora y por escrito, a los interesados si se ha accedido a su solicitud. Cabe deducir de estas normas que, una vez más, es el Estado el único «juez» facultado para decidir sobre las exenciones. De manera que si el juicio del Estado resulta negativo sobre la aplicación de las exenciones, no le cabe al particular una ulterior acción internacional, por ejemplo dirigiéndose al Comité de Sanciones. Además y, aunque el juicio del Estado

respecto a la aplicación de las exenciones fuera positivo, en los supuestos que prevé el precepto es necesario obtener la conformidad expresa o tácita del Comité de Sanciones. Todas estas cuestiones supondrán, a la postre, que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea termine estimando conculcados, como más adelante veremos, los derechos fundamentales de las personas afectadas.

Pues bien, centrándonos en el supuesto que nos ocupa, el 10 de diciembre de 2001 Abdirisak Aden, Abdulaziz Ali y Ahmed Yusuf y la Al Barakaat International Foundation, que figuraban en las correspondientes listas adoptadas por el Consejo y la Comisión, interpusieron un recurso contra el Consejo y la Comisión ante el Tribunal de Primera Instancia, en el que solicitan la anulación de los Reglamentos comunitarios que les afectan, fundando su demanda en tres motivos de anulación: falta de competencia del Consejo para adoptar el Reglamento impugnado, infracción del art. 249 TCE y la violación de sus derechos fundamentales. Nos referiremos al último de ellos ya que los dos primeros se refieren estrictamente a cuestiones de Derecho Comunitario. Será, pues, objeto de nuestro examen, teniendo en cuenta las sentencias sobre este particular tanto del Tribunal de Primera Instancia como del Tribunal de Justicia⁴, en qué medida dar el debido cumplimiento a las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas puede vulnerar los derechos fundamentales de las personas. Debemos, por ello, incidir en tres cuestiones que aquí aparecen íntimamente conexas: la de la jerarquía o primacía del Derecho Internacional Público, el control de legalidad por los órganos jurisdiccionales y la referida estrictamente a la protección de los Derechos Fundamentales.

II. LA JERARQUÍA O PRIMACÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO.

La primacía del Derecho Internacional sobre el Derecho interno aparece consagrada desde antiguo en la jurisprudencia internacional. Desde antiguo constituye un principio del Derecho Internacional y, por ello, motivo de cita en las decisiones tanto del antiguo Tribunal Permanente de Justicia Internacional (T.P.J.I.) como del Tribunal Internacional de Justicia (T.I.J.). El principio ya se pone de relieve en la sentencia arbitral de 14 de septiembre de 1872 en el asunto *Alabama* entre Gran Bretaña y los Estados Unidos. La C.P.J.I. lo vino citando desde entonces. Así, por ejemplo, en el asunto de las «Comunidades» greco-búlgaras afirma que es un principio de Derecho Internacional universalmente aceptado el que en las relaciones entre Potencias que son Partes de un tratado, las normas de derecho interno no pueden prevalecer sobre las de un tratado⁵. Ya en el Dictamen de 21 de febrero de 1925⁶ declaraba que «*esta cláusula no hace más que poner de relieve un principio evidente por sí mismo, conforme al cual un Estado que ha contraído válidamente obligaciones internacionales está*

⁴ Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 21 de septiembre de 2005. Asuntos T-306/01 y T-315/01, y sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de septiembre de 2008. Asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P.

⁵ Dictamen de 31 de julio de 1930. Serie B, nº 17, p. 32.

⁶ Asunto relativo al intercambio de poblaciones griegas y turcas. Serie B, nº 10, pp. 21-22.

obligado a introducir en su legislación la modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos contraídos...» Pocos años después avanza aún más en esa interpretación y señala que sin embargo, debe observarse que, si por una parte, conforme a los principios generalmente admitidos, un Estado no puede prevalerse respecto de otro de las disposiciones constitucionales de este último, sino únicamente del derecho internacional y de los compromisos internacionales válidamente contraídos, de otra parte, por el contrario, un Estado no puede invocar respecto de otro Estado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que le imponen el Derecho internacional o los tratados en vigor.⁷ Estos principios son recogidos más tarde en el Convenio de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre Derecho de los Tratados⁸ y reiterados por el Tribunal Internacional de Justicia⁹.

Pero en el ámbito de este epígrafe y, en íntima relación con el caso que nos ocupa, debemos tratar la primacía de la Carta de las Naciones Unidas de 26 de junio de 1945 sobre cualquier instrumento convencional y, por supuesto sobre el derecho interno de los Estados, que trae consigo asimismo la primacía de las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y, con ello, de su Comité de Sanciones. La Carta de San Francisco se conoce así como un tratado con rango *constitucional*. Ello se fundamenta en las siguientes disposiciones de la Carta: art. 2.6, el art. 103 y los arts. 108 y 109. Nos centraremos en el art. 103 que dispone lo que sigue: «*En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta.*» El Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados reitera esa primacía.¹⁰ Parece clara, pues, que la primacía de la Carta de San Francisco sobre el derecho interno y sobre los demás instrumentos convencionales, incluso los constitutivos de organizaciones supranacionales como la Unión Europea, deriva de los principios y normas del Derecho Internacional general y, en última instancia, de la propia Carta de las Naciones Unidas. Así, respecto al asunto que analizamos, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea de 21 de septiembre de 2005 (en adelante, STPI), si bien en primer lugar mantiene que es preciso reconocer que, desde el punto de vista del Derecho internacional, las obligaciones que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados miembros de la ONU prevalecen indiscutiblemente sobre todas las demás obligaciones de Derecho interno o de Derecho internacional convencional, incluidas las obligaciones impuestas con arreglo al CEDH, en el caso de los Estados que sean miembros del Consejo de Europa, y las impuestas con arreglo al Tratado CE, en el caso de los Estados que sean también miembros de

⁷ Asunto relativo al tratamiento de los nacionales polacos y de otras personas de origen o lengua polaca en el territorio de Dantzig. Dictamen de 4 de febrero de 1932. serie A/B nº 44, p. 24.

⁸ Artículo 27: *El derecho interno y la observancia de los tratados: «Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46».*

⁹ Dictamen consultivo de 26 de abril de 1988. Aplicabilidad de la obligación de arbitraje en virtud de la sección 21 del Acuerdo de 26 de junio de 1947 relativo a la sede de la Organización de las Naciones Unidas.

¹⁰ Art. 30.1: «*Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, los derechos y las obligaciones de los Estados partes en tratados sucesivos concernientes a la misma materia se determinarán conforme a los párrafos siguientes.*»

la Comunidad.¹¹ Y que en primer lugar, en lo que respecta a las relaciones entre la Carta de las Naciones Unidas y el Derecho interno de los Estados miembros de la ONU, esta regla de primacía resulta de los principios del Derecho internacional consuetudinario. «A tenor de lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que codifica dichos principios (y aplicable, según su artículo 5, «a todo tratado que sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional»), una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado.»¹² Sin embargo posteriormente afirma que «Por lo que respecta más concretamente a las relaciones entre las obligaciones que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados miembros de la Comunidad y las obligaciones que les impone el Derecho comunitario, procede añadir que el artículo 307 CE, párrafo primero, establece que «las disposiciones del presente Tratado no afectarán a los derechos y obligaciones que resulten de convenios celebrados, con anterioridad al 1 de enero de 1958 o, para los Estados que se hayan adherido, con anterioridad a la fecha de su adhesión, entre uno o varios Estados miembros, por una parte, y uno o varios terceros Estados, por otra.»¹³ En efecto, posteriormente, tras afirmar la obligatoriedad de las resoluciones del Consejo de Seguridad para los Estados miembros de la Comunidad, mantiene que no vinculan a la Comunidad como tal. El motivo, siguiendo a JAVIER ROLDÁN BARBERO¹⁴, viene constituido porque la Unión Europea es observador pero no miembro de las Naciones Unidas, lo que tiene como consecuencia la imposibilidad de formar parte del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Uno de los argumentos que el TPI invoca para la actuación de la Unión se expresa así: «(...) en la medida en que las competencias necesarias para la ejecución de los compromisos asumidos por los Estados miembros en virtud de la Carta de las Naciones Unidas hayan sido traspasadas a la Comunidad, los Estados miembros se han obligado, con arreglo al Derecho internacional público, a que la propia Comunidad ejercite al efecto tales competencias.»¹⁵ Por ello, prueba de que el TPI funda la primacía de la Carta de San Francisco y de las resoluciones del Consejo de Seguridad en el propio Derecho Comunitario y no en el art. 103 de la Carta es su rotunda afirmación en el párrafo 243: «procede afirmar que las obligaciones impuestas por la Carta de las Naciones Unidas vinculan a la Comunidad, al igual que a los Estados miembros de la misma, en virtud de su propio Tratado constitutivo.» En efecto y, como señala JAVIER ROLDÁN BARBERO, «el TPI concluye que finalmente, en virtud de esta disposición [art. 307.1 TCE], la conexión entre ambos órdenes jurídicos se realiza por decisión expresa y autónoma del Derecho comunitario» A continuación, concluye el autor que en la STPI «se acaba proclamando (...) la obligatoriedad y primacía del sistema *onusiano* respecto al Derecho europeo; sin embargo, se indica que esa obligatorie-

¹¹ Párrafo 231.

¹² Párrafo 232.

¹³ Párrafo 235.

¹⁴ ROLDÁN BARBERO, J., «La justicia comunitaria y el control de legalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Comentario a las sentencias *Yusuf/ al Barakaat* y *Kadi*, de 21 de septiembre de 2005, del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas», REDI, vol. LVII, 2005, pág. 874.

¹⁵ Párrafo 248

dad y primacía proceden del propio Derecho europeo, no del Derecho internacional general, al que los Estados miembros de ninguna forma podían sustraerse fundando un nuevo sujeto que les permitiera sortear otros compromisos *comunitarios*: los de la comunidad internacional vertebrada básicamente en torno a la ONU. De esta manera, se adultera y se modera el espíritu internacionalista que emanan las sentencias del TPI.» La posterior y novedosa sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el particular de 3 de septiembre de 2008 sigue el mismo criterio al afirmar que en efecto, el artículo 300 CE, apartado 7, dispone que los acuerdos celebrados en las condiciones mencionadas en dicho artículo serán vinculantes para las instituciones de la Comunidad, así como para los Estados miembros.¹⁶ Y en el siguiente párrafo concluye: «[a]sí pues, en virtud de dicha disposición, si fuera aplicable a la Carta de las Naciones Unidas, esta última disfrutaría de primacía sobre los actos de Derecho comunitario derivado (véase en este sentido la sentencia de 3 de junio de 2008, *Intertanko y otros*, C-308/06, *Rec. p. I-0000*, apartado 42 y *jurisprudencia citada*).» Esta argumentación parece ser propia de los ordenamientos completos, sistemáticos, coherentes y, virtualmente, plenos y que, por ello, afirman su primacía frente a los demás. Algo así sucede en los ordenamientos internos, como en el español, donde, pese a que se afirma la prevalencia del Derecho Internacional general de forma implícita, y explícitamente para el contenido en instrumentos convencionales mediante el art. 96.1 de la Constitución¹⁷, no parece ser tan pacífica esa primacía respecto al propio texto constitucional, desde la perspectiva del mismo. En este sentido resulta revelador el art. 95 de la Constitución¹⁸, que permite que, previamente a la manifestación del consentimiento del Estado en obligarse por un tratado internacional se produzca una declaración sobre la inconstitucionalidad del mismo. Pero incluso es posible la declaración de inconstitucionalidad *a posteriori*, cuando el Estado español ya ha manifestado su consentimiento en obligarse porque, aunque el art. 161 de la Constitución no lo prevé expresamente, sí lo hace el art. 27 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional¹⁹. Pues bien, el ordenamiento jurídico comunitario también se afirma como un sistema completo, sistemático, coherente y, virtualmente, pleno por lo que funda la primacía del derecho derivado de Naciones Unidas en los preceptos del propio Derecho Originario comunitario.

III. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Admitiendo la obligatoriedad de dar cumplimiento a las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en virtud de la primacía de la propia Carta de San

¹⁶ Párrafo 306.

¹⁷ *Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.*

¹⁸ *1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional. 2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.*

¹⁹ *2. Son susceptibles de declaración de inconstitucionalidad: (...) c) Los tratados internacionales.*

Francisco y del sistema de seguridad colectiva de ella derivado²⁰, no podemos desconocer que en el caso que no atañe y se presentó ante el TPI, y más tarde, ante el TJUE, la aplicación de las resoluciones del Consejo de Seguridad vulnera efectivamente derechos fundamentales de los afectados. Así lo sostuvieron los demandantes, además de alegar la vulneración de la Carta de las Naciones Unidas por el propio Consejo de Seguridad, pero el TPI comienza por señalar que en este contexto, las instituciones actuaron en ejercicio de una competencia reglada, como han alegado acertadamente, de modo que no disponían de ningún margen de apreciación autónomo. En particular, no podían ni modificar directamente el contenido de las resoluciones de que se trata ni establecer un mecanismo que pudiera provocar tal modificación.²¹ Abundando en la misma argumentación señala que desde el momento en que el Consejo de Seguridad, actuando en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, decide a través de su Comité de Sanciones que procede congelar los fondos de determinados individuos o entidades, tal decisión obliga a todos los miembros de las Naciones Unidas, con arreglo al artículo 48 de dicha Carta.²² Advierte más adelante que habida cuenta en particular de las disposiciones del artículo 307 CE y del artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, la alegación de que se han vulnerado, bien los derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario, bien los principios de dicho ordenamiento jurídico, no puede afectar a la validez de una resolución del Consejo de Seguridad ni a su eficacia en el territorio de la Comunidad.²³ Sin embargo, el TPI señala un límite a la discrecionalidad en la actuación del Consejo de Seguridad: el *ius cogens*, concebido, en palabras del propio TPI como «*un orden público internacional que se impone a todos los sujetos del Derecho internacional, incluidos los órganos de la ONU, y que no tolera excepción alguna.*»²⁴ El TPI examina, por tanto, las presuntas vulneraciones invocadas desde el punto de vista del *ius cogens*. Comienza, en primer lugar, por analizar la supuesta violación del derecho de los demandantes a disponer de sus bienes. En este caso rechaza que se produzca tal violación, examinado desde el punto de vista del *ius cogens*, por la posibilidad de conceder exenciones y excepciones a la congelación de fondos respecto a las personas incluidas en la lista del Comité de Sanciones, porque son medidas de carácter cautelar y no una confiscación y porque se establece un mecanismo de revisión periódica del régimen general de las sanciones²⁵. Respecto a la supuesta vulneración del derecho de defensa mantiene que ninguna norma imperativa de las que forman parte del orden público internacional parece exigir una audiencia previa de los interesados en circunstancias como las que se plantean en el presente asunto, en el que el Consejo de Seguridad ha decidido, actuando en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y a través de su Comité de Sanciones, que procede congelar los fondos de ciertos indi-

²⁰ No es preciso recordar los artículos 24.1, 25 y 103 de la Carta de la ONU, que atribuyen carácter vinculante a las decisiones del Consejo de Seguridad, y le otorgan habilitación para hacer efectivas sus resoluciones.

²¹ Párrafo 265.

²² Párrafo 271.

²³ Párrafo 275.

²⁴ Párrafo 277: «*No obstante, el Tribunal de Primera Instancia está facultado para controlar, de modo incidental, la legalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad controvertidas desde el punto de vista del ius cogens, entendido como...*»

²⁵ Párrafos 291 a 303.

viduos o entidades de quienes se sospecha que contribuyen a financiar el terrorismo internacional.²⁶ Además señala que tales resoluciones y los sucesivos reglamentos de aplicación de las mismas en la Comunidad han creado un mecanismo de revisión de las situaciones individuales, disponiendo que los interesados pueden dirigirse al Comité de Sanciones, a través de sus autoridades nacionales, a fin de obtener que se retire su nombre de la lista de personas a quienes se aplican las sanciones, o bien ciertas excepciones a la congelación de sus fondos²⁷. Y, en efecto, en el párrafo 311 consigna las directrices del Comité de sanciones, que disponen la posibilidad de borrar el nombre de los interesados de la lista aprobada por el Comité. Aunque reconoce que es cierto que el procedimiento que se acaba de describir no reconoce directamente a los propios interesados el derecho a ser oídos por el Comité de Sanciones, única autoridad competente para pronunciarse, a petición de un Estado, sobre la revisión de su caso. Dichas personas dependen pues, en lo esencial, de la protección diplomática otorgada por los Estados a sus ciudadanos.²⁸ Termina concluyendo lo siguiente: «*Sin embargo, esta restricción del derecho a ser oído directa y personalmente por la autoridad competente no puede considerarse inadmisibile desde el punto de vista de las normas imperativas del Derecho internacional...*»²⁹ Por lo que hace a la supuesta violación del derecho a un recurso jurisdiccional efectivo el TPI sólo se reconoce competente para el control de competencia de las instituciones comunitarias, así como sobre la adecuación formal y material del Reglamento comunitario a las resoluciones del Consejo de Seguridad, a su coherencia interna y a la proporcionalidad existente entre aquél y éstas. Salvo la vulneración de normas de *ius cogens*, mantiene que no corresponde al Tribunal de Primera Instancia controlar indirectamente la conformidad de las propias resoluciones del Consejo de Seguridad controvertidas con los derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario.³⁰ y ni siquiera controlar indirectamente la oportunidad o la proporcionalidad de tales medidas, salvo en lo que respecta al limitado ámbito que se ha definido en el apartado 337 supra. Tal control no podría aplicarse sin invadir las prerrogativas que el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas confiere al Consejo en lo que respecta a la determinación, en primer lugar, de la existencia de una amenaza para la paz y la seguridad internacionales y, en segundo lugar, de las medidas apropiadas para combatirla o eliminarla.³¹

Sin embargo, las conclusiones a las que llega el TJUE son muy distintas. Así, comienza por señalar que los principios que regulan el ordenamiento jurídico internacional creado por las Naciones Unidas no implican que resulte imposible proceder a un control jurisdiccional de la legalidad interna del Reglamento controvertido desde el punto de vista de los derechos fundamentales por el hecho de que dicho Reglamento esté destinado a aplicar una resolución del Consejo de Seguridad aprobada en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.³² Manifiesta más adelante de forma contundente que «[s]in embargo, no cabe interpretar dichos artículos [arts. 234 y

²⁶ Párrafo 307.

²⁷ Párrafo 309.

²⁸ Párrafo 314.

²⁹ Párrafo 315.

³⁰ Párrafo 338.

³¹ Párrafo 339.

³² Párrafo 299.

297 del TCE] *en el sentido de que permitan establecer excepciones a los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, consagrados como bases de la Unión en el artículo 6 UE, apartado 1.*»³³ Y limita la primacía de la propia Carta de las Naciones Unidas: «[s]in embargo, esta primacía en el ámbito del Derecho comunitario no se extendería al Derecho primario ni, en particular, a sus principios generales, entre los que figura el respeto de los derechos fundamentales.»³⁴ Y, frente a la pretendida inmunidad de jurisdicción de las resoluciones del Consejo de Seguridad, afirma que en cualquier caso, el hecho de que en este régimen de las Naciones Unidas exista un procedimiento de revisión ante el Comité de Sanciones no puede llevar aparejada una inmunidad de jurisdicción generalizada en el ámbito del ordenamiento jurídico interno de la Comunidad, ni siquiera teniendo en cuenta las recientes modificaciones de dicho procedimiento.³⁵ Pero incluso considerando las modificaciones del procedimiento de inclusión en la lista y, siguiendo a HINOJOSA MARTÍNEZ, «[a]unque estas últimas Resoluciones [Res. Del Consejo de Seguridad 1526 (2004) y 1617 (2005)] introducen mejoras significativas que matizan este procedimiento inquisitorial de designación, no se garantiza la provisión de información pública, que sólo estará disponible <con el consentimiento previo del Estado que hizo la designación>. La única documentación accesible con seguridad para el Estado interesado es la <exposición justificativa>, que, si se basa en información no disponible, se mostrará superflua y vacía de contenido. El particular, por otro lado, permanece ajeno a todo el procedimiento, y carece de cualquier posibilidad de defenderse con carácter previo a su aparición en la lista.»³⁶ Y termina concluyendo con buen criterio el TJUE que «...el procedimiento ante dicho Comité sigue siendo esencialmente de naturaleza diplomática e interestatal, pues las personas o entidades afectadas no tienen una auténtica posibilidad de defender sus derechos y el Comité adopta sus decisiones por consenso, disponiendo todos sus miembros de un derecho de veto.»³⁷ Añade que el peticionario que haya presentado una solicitud de exclusión de la lista no puede en absoluto defender personalmente sus derechos en el procedimiento ante el Comité de Sanciones ni hacerse representar al efecto, pues el Gobierno del Estado donde reside o cuya nacionalidad ostenta es el único que tiene la facultad de presentar sus eventuales observaciones sobre dicha solicitud. Además, señala que el Comité de Sanciones no está obligado a comunicar al peticionario las razones y las pruebas que justifican su inclusión en la lista consolidada ni a darle acceso a esos datos, ni siquiera con limitaciones. Por último, en el caso de que el Comité desestime la solicitud de exclusión de la lista, no tiene obligación alguna de motivar su decisión.³⁸ Aunque la supremacía del Consejo de Seguridad se basa en el art. 103 de la Carta opina HINOJOSA MARTÍNEZ que «me parece imposible admitir que la intención de los redactores de la Carta fuese crear un órgano con capacidad para disponer de los propios elementos estructurales del ordenamiento jurídico en los que fundamentan su poder y sus competencias»... «[s]in embargo, cabe preguntarse si, al

³³ Párrafo 303

³⁴ Párrafo 308.

³⁵ Párrafo 321.

³⁶ HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M., «Las sanciones del Consejo de Seguridad contra Al Qaeda y los talibanes: ¿son realmente inteligentes?», en R.E.D.I., vol. LVIII (2006), 2. Págs. 745 y 746.

³⁷ Párrafo 323.

³⁸ Párrafos 324 y 325.

establecer sanciones que afectan directamente a particulares, esta institución no está actuando *ultra vires*.»³⁹ Este autor mantiene que no parece haber ningún problema para que la acción del Consejo de Seguridad en virtud del art. 41 se dirija no sólo a los Estados, sino también a los individuos y sostiene la legalidad de «la competencia del Consejo de Seguridad para establecer medidas restrictivas de derechos individuales sobre la base del artículo 41 de la Carta, si considera que de esa manera contribuye a mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales». ⁴⁰ Si bien es cierto que, en abstracto, ni la Carta lo impide ni aparecen tachas a la legalidad de dicha competencia, desde el momento en que se sanciona a un individuo sin darle la oportunidad de ser oído, ni de conocer las pruebas en su contra ni siquiera de aportar evidencias en su descargo, con un procedimiento ante un órgano interestatal, sin las garantías propias de un procedimiento penal, en el que no puede comparecer ni hacerse oír salvo si el Estado del que es nacional accede a ello, se están lesionando efectivamente derechos fundamentales protegidos como uno de los Propósitos de las Naciones Unidas. ⁴¹ Aunque algún autor ⁴² ha aludido al carácter más bien programático de los Propósitos de las Naciones Unidas y mantienen que la redacción de los preceptos que los contienen es de carácter promocional, de la que resulta prácticamente imposible derivar obligaciones concretas, coincido con HINOJOSA MARTÍNEZ cuando afirma que dichas posiciones «vaciarían de contenido el artículo 24 (2) de la Carta, y cuestionarían la naturaleza jurídica del artículo 1 del mismo texto.» ⁴³ Entiende asimismo este autor que, «en el caso de que las circunstancias así lo exijan, el Consejo de Seguridad [puede suspender] la aplicación de determinados derechos fundamentales, en la medida en que ello resulte necesario para la salvaguarda de la paz y seguridad internacionales. La supremacía otorgada por la propia Carta al Consejo de Seguridad confirma el rol preeminente que debe otorgarse a ese propósito en la actuación de la Organización.» ⁴⁴ No puedo, sin embargo, compartir estas afirmaciones dado que, cuando existan los conflictos entre los distintos Propósitos de Naciones Unidas a los que se refiere HINOJOSA MARTÍNEZ, es el Consejo de Seguridad el único *juez* competente para decidir cuál pesa más y, ante la ausencia de un órgano jurisdiccional revisor de la actuación del mismo, los Principios y preceptos de la Carta pueden quedar reducidos a la nada si una resolución del Consejo de Seguridad así lo decide en aras de la paz y seguridad internacionales.

El problema de fondo que late en todas estas cuestiones es que, pese a lo que se diga, el sistema diseñado en la Carta de Naciones Unidas está pensando exclusivamente en los Estados. Así sólo los Estados están representados en la Asamblea General y en el Consejo de Seguridad; fundamentalmente, sólo frente a Estados se dirigen las resoluciones tanto de la Asamblea General como del Consejo de Seguridad y, en

³⁹ HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M., «Las sanciones del Consejo de Seguridad contra Al Qaeda y los talibanes: ¿son realmente inteligentes?, en R.E.D.I., vol. LVIII (2006), 2. Págs. 750 y 751.

⁴⁰ HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M., «Las sanciones del Consejo de Seguridad contra Al Qaeda y los talibanes: ¿son realmente inteligentes?, en R.E.D.I., vol. LVIII (2006), 2. Págs. 751 y 752.

⁴¹ Art. 1.3 de la Carta de las Naciones Unidas.

⁴² OOSTHUIZEN, G.H., «Playing the Devil's Advocate: the United Nations Security Council is Unbound by Law», LJIL, vol. 12, núm. 3, 1999, p. 562.

⁴³ HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M., «Las sanciones del Consejo de Seguridad contra Al Qaeda y los talibanes: ¿son realmente inteligentes?, en R.E.D.I., vol. LVIII (2006), 2. Pág. 755.

⁴⁴ *Íd.* Pág.756.

fin, sólo los Estados son parte en los casos ante la Corte Internacional de Justicia⁴⁵, Corte cuyas funciones no son revisoras de la adecuación a la Carta de la actuación de los distintos órganos principales o subsidiarios, sino que resuelve controversias entre Estados, no entre los órganos de la propia Organización.⁴⁶ Por ello, cuando las medidas del Capítulo VII de la Carta se dirigen frente a un individuo o grupo de individuos, imponiendo sanciones, surge el problema del respeto a sus derechos fundamentales, puesto que la Carta no obedece al clásico principio de división de poderes en que se fundamentan los Estados de Derecho, ni dispone de órganos principales o subsidiarios de carácter jurisdiccional que, en un procedimiento dotado con las debidas garantías, pueda imponer las mencionadas sanciones.

Sin embargo, el ordenamiento comunitario sí está concebida como una «comunidad de Derecho», y el respeto a los derechos fundamentales y su garantía jurisdiccional forma parte del acervo comunitario que corresponde garantizar al Tribunal de Justicia cuando fiscaliza, como en el presente caso, actos de las instituciones comunitarias aunque indirectamente también lo esté realizando respecto a las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas tras su inserción en el ordenamiento comunitario.

IV. EL CONTROL DE LEGALIDAD POR LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES.

Estrechamente unido a los aspectos examinados en el epígrafe anterior aparece lo referido al control que corresponde a los Tribunales, ya que de nada sirve un amplio reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona si al mismo tiempo no se consagra la posibilidad de una tutela efectiva de los mismos ante los órganos jurisdiccionales. Como señalábamos más arriba, la tutela jurisdiccional forma parte asimismo del acervo comunitario. Así, por lo que respecta al tema que nos ocupa, el TPI en su sentencia de 21 de septiembre de 2005⁴⁷ ya indica lo siguiente: «*Procede recordar, con carácter preliminar, que la Comunidad Europea es una comunidad de Derecho, en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la Carta constitucional fundamental que constituye el Tratado y que este último ha establecido un sistema completo de vías de recurso y de procedimientos destinado a confiar al Tribunal de Justicia el control de la legalidad de los actos de las instituciones (sentencias del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 1986, Los Verdes/Parlamento, 294/83, Rec. p. 1339, apartado 23; de 22 de octubre de 1987, Foto-Frost, 314/85, Rec. p. 4199, apartado 16, y de 23 de marzo de 1993, Weber/Parlamento, C-314/91, Rec. p. I-1093, apartado 8...)*»⁴⁸ A mayor abundamiento, en el párrafo siguiente reitera la jurisprudencia del

⁴⁵ Art. 34.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

⁴⁶ Por el contrario, en el ordenamiento jurídico comunitario es función del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia decidir si la actuación o la omisión de las instituciones comunitarias ha vulnerado el Derecho Originario o Derivado, tras la demanda presentada por una persona física o jurídica.

⁴⁷ Asunto T-306/01.

⁴⁸ Párrafo 260.

Tribunal de Justicia: «*«el control jurisdiccional [...] constituye la expresión de un principio general del Derecho que sirve de base a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros [...] y que] también ha sido consagrado en los artículos 6 y 13 del [CEDH].»*» A continuación, el Tribunal se plantea la existencia de límites estructurales derivados del Derecho internacional general o del Tratado CE al control jurisdiccional del Tribunal de Primera Instancia sobre los Reglamentos controvertidos y el TPI concluye que las instituciones comunitarias actuaron, al adoptar el Reglamento, en ejercicio de una competencia reglada de modo que no disponían de ningún margen de apreciación autónomo. En particular, según el TPI, no podían ni modificar directamente el contenido de las resoluciones de que se trata ni establecer un mecanismo que pudiera provocar tal modificación.⁴⁹ Su razonamiento parece conducir al automatismo: si a las instituciones comunitarias no les quedaba margen de maniobra al insertar resoluciones del Consejo de Seguridad, al Tribunal, tampoco y procede básicamente⁵⁰ a excluir el control judicial de los actos comunitarios cuando responden a un mandato del Consejo de Seguridad, y lo hace con el siguiente argumento: «*Cualquier control de la legalidad interna del Reglamento impugnado efectuado por el Tribunal de Primera Instancia, en particular desde el punto de vista de las disposiciones o principios generales del Derecho comunitario relativos a la protección de los derechos fundamentales, exigiría por tanto que el Tribunal examinara, de modo incidental, la legalidad de dichas resoluciones.*»⁵¹ En efecto, el resultado de la operación jurídica realizada por el TPI supone el «blindaje» de los actos de las instituciones comunitarias por el solo hecho de dar cumplimiento a resoluciones del Consejo de Seguridad. Como señala JAVIER ROLDÁN BARBERO⁵² «... el TPI estima que estamos ante una competencia reglada para las instituciones europeas, pues la posible ilegalidad de fondo sería achacable, en todo caso, al Consejo de Seguridad, que, por otra parte, lleva a cabo un acto de apreciación política tanto cuando determina si un *individuo*⁵³ constituye una amenaza para la paz y la seguridad internacionales como cuando establece las sanciones adecuadas contra esa amenaza. A reserva del *ius cogens*, el Tribunal viene a estimar, implícitamente, que los actos del Consejo de Seguridad son <actos de gobierno>, que escapan al control judicial.⁵⁴ De esta manera,

⁴⁹ Párrafo 265.

⁵⁰ Salvo lo relativo al *ius cogens*.

⁵¹ Párrafo 266.

⁵² ROLDÁN BARBERO, J., «La justicia comunitaria y el control de legalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Comentario a las sentencias *Yusuf/ al Barakaat y Kadi*, de 21 de septiembre de 2005, del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas», REDJ, vol. LVII, 2005, págs. 879 y 880.

⁵³ La cursiva es mía.

⁵⁴ Sobre la teoría de los actos de gobierno, resulta revelador en España la imposibilidad de fiscalización jurisdiccional de los mismos en la antigua Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, por influencia francesa, pero con muchos matices respecto a lo que se consideraban actos de gobierno y con una interpretación restrictiva por parte de la jurisprudencia. La actual Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, elimina la figura de los actos de gobierno como inmunes a la potestad jurisdiccional. 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

las sentencias suponen la confirmación de la tesis de naturaleza política, y no judicial, de decisiones de política exterior. Esta tesis, entendida extensivamente, supone una quiebra en toda regla del Estado (o Comunidad) de Derecho.⁵⁵ El TPI prosigue afirmando que es preciso reconocer que los principios deducidos anteriormente del examen de la conexión entre el ordenamiento jurídico internacional creado por las Naciones Unidas y el ordenamiento jurídico comunitario imponen como corolario tal limitación de competencia.⁵⁶ Y realiza una afirmación de notable gravedad por su significación: «...*las resoluciones del Consejo de Seguridad controvertidas no están sometidas en principio al control jurisdiccional del Tribunal de Primera Instancia y que éste no se encuentra autorizado a cuestionar, ni siquiera de modo incidental, la legalidad de las mismas desde el punto de vista del Derecho comunitario*»⁵⁷(...).⁵⁸ El TPI finaliza su argumentación sobre esta cuestión limitando la posibilidad de control de la legalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad únicamente desde el punto de vista del *ius cogens*.⁵⁹

Cuando el asunto llega al Tribunal de Justicia, éste comienza reiterando que la Comunidad Europea es una comunidad de Derecho.⁶⁰ Reitera asimismo que los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia.⁶¹ Y ya comienza separándose del criterio del TPI cuando manifiesta lo que sigue: «[m]ás concretamente, tratándose de un acto comunitario destinado a aplicar una resolución del Consejo de Seguridad aprobada en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, como el Reglamento controvertido, no corresponde, pues, al juez comunitario, en el marco de la competencia exclusiva que le confiere el artículo 220 CE, controlar la legalidad de la resolución aprobada por dicho órgano internacional, ni siquiera limitando su control al examen de la compatibilidad de tal resolución con el *ius cogens*».⁶² Señala a continuación que una eventual sentencia de un tribunal comunitario en la que se declarase que un acto comunitario destinado a aplicar una resolución de tales características viola una norma superior del ordenamiento jurídico comunitario no implicaría poner en entredicho la primacía de dicha resolución en el ámbito del Derecho internacional.⁶³ Y desmonta las conclusiones a las que había llegado el TPI afirmando que carece por completo de base en el Tratado CE la tesis de que un acto comunitario de la índole del

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.

⁵⁵ El subrayado es mío.

⁵⁶ Párrafo 269.

⁵⁷ El subrayado es mío.

⁵⁸ Párrafo 276.

⁵⁹ Párrafos 277 a 282.

⁶⁰ Párrafo 281.

⁶¹ Párrafo 283.

⁶² Párrafo 287.

⁶³ Párrafo 288. El subrayado es mío.

Reglamento controvertido disfruta de dicha inmunidad de jurisdicción como corolario del principio de primacía en el ámbito del Derecho internacional de las obligaciones derivadas de la Carta de las Naciones Unidas, y en particular de las obligaciones relativas a la aplicación de las resoluciones del Consejo de Seguridad aprobadas en virtud del capítulo VII de dicha Carta.⁶⁴ Y más adelante el Tribunal de Justicia lo que viene a «blindar» son los principios que fundamentan el ordenamiento comunitario: «...*el artículo 307 CE no podría permitir en ningún caso que se pusieran en entredicho los principios que constituyen las propias bases del ordenamiento jurídico comunitario, y entre ellos el de protección de los derechos fundamentales, que comprende el control de legalidad de los actos comunitarios por parte del juez comunitario*⁶⁵ en lo que respecta a su conformidad con los derechos fundamentales.»⁶⁶ Y termina cerrando su razonamiento: «...*el control de la validez de todo acto comunitario desde el punto de vista de los derechos fundamentales por parte del Tribunal de Justicia debe considerarse la expresión, en una comunidad de Derecho, de una garantía constitucional derivada del Tratado CE como sistema jurídico autónomo y que no puede ser menoscabada por un acuerdo internacional.*»

V. CONCLUSIONES.

I.– El paso, en virtud del art. 41 de la Carta de Naciones Unidas, de las sanciones globales a las sanciones selectivas o inteligentes trae consigo una suerte de institucionalización del sistema de sanciones a través de la creación por el Consejo de Seguridad de Comités de Sanciones, destinados a imponer las mismas a individuos o personas jurídicas.

II.– La primacía del Derecho Internacional, fundamentalmente del emanado de la Carta de Naciones Unidas, con la consiguiente obligatoriedad de las resoluciones del Consejo de Seguridad, supone la necesidad de dar efectivo cumplimiento a las mismas en el ámbito comunitario, en este caso.

III.– El carácter pretendidamente sistemático, coherente y pleno de todo ordenamiento, también del Comunitario, conlleva la afirmación de su propia primacía frente a otros sistemas jurídicos, lo que se refleja por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea limitando la preponderancia de la Carta de Naciones Unidas respecto al Derecho Primario Comunitario y a sus principios generales, entre los que figura el respeto de los Derechos Fundamentales.

IV.– El problema, como quedó más arriba señalado, consiste en que el sistema de Naciones Unidas (inicialmente diseñado para aplicarse a Estados) ha ido modulándose –particularmente en lo que se refiere a las llamadas potestades gubernamentales del Consejo de Seguridad– para aplicarse a las personas físicas o jurídicas, lo que ocasiona una merma o ausencia de garantía de sus Derechos Fundamentales, ya que la intervención de los individuos *uti singuli* considerados no está prevista ni ante el Consejo de Seguridad ni ante los Comités de Sanciones creados por el mismo para sancionar a aquéllos.

⁶⁴ Párrafo 300.

⁶⁵ El subrayado es mío.

⁶⁶ Párrafo 304.

V.– De la misma forma que el sistema coercitivo de Naciones Unidas ha mutado en lo relativo a sus destinatarios, se debe modificar el sistema institucional de aplicación del mismo en dos sentidos:

-En primer lugar, delimitando claramente los poderes discrecionales del Consejo de Seguridad de unos posibles poderes reglados y, por ello, sometidos a revisión jurisdiccional, al menos, creo, en un aspecto: la vulneración de Derechos Fundamentales.

-En segundo lugar, establecido lo anterior, previendo un sistema de control de legalidad de la actuación de los órganos de Naciones Unidas (incluido el Consejo de Seguridad) habilitando para ello los servicios de la Corte Internacional de Justicia⁶⁷, creando un órgano jurisdiccional al efecto o bien configurar los Comités de Sanciones como verdaderos órganos judiciales independientes que desarrollen su actuación a través de un procedimiento contradictorio donde el individuo –tras una acusación formal– tenga posibilidad de comparecer, defenderse de la acusación, dándosele oportunidad de ser oído y de proponer y practicar pruebas en su descargo con las garantías del proceso penal propias de un Estado de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M., *Instituciones de Derecho Internacional público*. Tecnos, Madrid, 2005.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., LUIS I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I. y PAZ ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *Curso de Derecho Internacional público*. Civitas, Madrid, 1998.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., LUIS I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I. y PAZ ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, *Materiales de prácticas de Derecho Internacional público*. Tecnos, Madrid, 1992.
- HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M., «Las sanciones del Consejo de Seguridad contra Al Qaeda y los talibanes: ¿son realmente inteligentes?», en R.E.D.I., vol. LVIII (2006), 2. Págs. 737 a 769.
- ROLDÁN BARBERO, J., «La justicia comunitaria y el control de legalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Comentario a las sentencias *Yusuf/ al Barakaat* y *Kadi*, de 21 de septiembre de 2005, del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas», REDI, vol. LVII, 2005, págs. 869 a 891.

⁶⁷ Que ahora sólo conoce de litigios entre Estados (art. 34.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia).