

REVISTA  
*de* ESPAÑOLA  
DERECHO  
MILITAR

Escuela Militar de  
Estudios Jurídicos

n.º 119

---

Madrid (España) • enero - junio 2023 • ISSN: 0034-9399

---



MINISTERIO DE DEFENSA

# REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

## DIRECTOR

Francisco Luis Pascual Sarría, general auditor.

## CONSEJO EDITORIAL

Jacobo Barja de Quiroga López, presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Antonio Afonso Rodríguez, asesor jurídico general del Ministerio de Defensa. Juan Pozo Vilches, fiscal togado. Ángel Menéndez Rexach, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid. Margarita García Moreno, subdirectora general de publicaciones y patrimonio cultural. Adoración Mateos Tejada, subsecretaria del Ministerio de Defensa.

## CONSEJO DE REDACCIÓN

Emilio Fernández-Piñeyro y Hernández, secretario general técnico del Ministerio de Defensa. Javier Aparicio Gallego, exmagistrado del Tribunal Supremo. Concepción Escobar Hernández, catedrática de Derecho Internacional Público de la U.N.E.D. Francisco Fernández Segado, catedrático de Derecho Constitucional de la U.C.M. Federico Fernández de Buján Fernández, catedrático de Derecho Romano de la U.N.E.D. Juan Manuel García Labajo, exasesor jurídico general. Leandro Martínez-Cardós Ruiz, letrado mayor del Consejo de Estado. Ricardo Cuesta del Castillo, magistrado del Tribunal Supremo. Fernando Marín Castán, magistrado del Tribunal Supremo. Francisco Menchén Herreros, exmagistrado del Tribunal Supremo. Antonio Millán Garrido, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Cádiz. Antonio Mozo Seoane, exasesor jurídico general. Carlos Pérez del Valle, catedrático de Derecho Penal Universidad C.E.U San Pablo. Manuel Pérez González, catedrático emérito de Derecho Internacional de la U.C.M. Fernando Pignatelli y Meca, magistrado del Tribunal Supremo. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, expresidente del Tribunal Militar Central. Rafael Eduardo Matamoros Martínez, expresidente del Tribunal Militar Central. Luis Rueda García, fiscal del Tribunal de Cuentas. Manuel Hernández-Tejero García general auditor. María del Carmen Quesada Alcalá, profesora titular Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la U.N.E.D. Fernando García-Mercadal y García-Loygorri, general auditor. Miguel Ángel Encinar Del Pozo, magistrado. María Ángeles Villegas García, magistrada. María del Carmen Quesada Alcalá, profesora titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la U.N.E.D. Alicia Gil Gil, catedrática de Derecho Penal de la U.N.E.D. Rafael Alcalá Pérez-Flores, magistrado. María África Herrera Alonso, magistrada. Araceli Mangas Martín, catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la U.C.M. Eduardo Fontán Silva magistrado, jefe del gabinete técnico del consejo general del poder judicial. Abraham Martínez Alcañiz, comandante auditor. José Alberto Fernández Rodera, magistrado del Tribunal Supremo. Francisco Javier de León Villalba, catedrático de Derecho Penal (UCLM). María Begoña Aramendía Rodríguez de Austria, general auditor.

## MIEMBROS DE HONOR DEL CONSEJO DE REDACCIÓN

Miguel Sáenz Sagaseta de Ilurdoz, académico de número de la Real Academia Española de la Lengua.

## SECRETARIO

Manuel María Colás Gómez de Barreda, coronel auditor

## SECRETARIO ADJUNTO

Laureano Tomás Zafrilla, coronel auditor

## REDACCIÓN

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

Teléfono: 91 364 73 93

Fax: 91 364 73 99

emej@oc.mde.es

## Catálogo de Publicaciones de Defensa

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

## APP Revistas Defensa

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

## Publicación de periodicidad semestral

Tarifas de suscripción anual: 12,00 €

Europa: 16,00 € Resto del mundo: 18,00 €

Precio ejemplar: 8,00 €

*de* REVISTA  
ESPAÑOLA  
DERECHO  
MILITAR

**119** ENERO  
JUNIO  
2023

MADRID



MINISTERIO DE DEFENSA



Catálogo de Publicaciones de Defensa  
<https://publicaciones.defensa.gob.es>



Catálogo de Publicaciones de la Administración General del Estado  
<https://cpage.mpr.gob.es>

publicaciones.defensa.gob.es  
cpage.mpr.gob.es

Edita:



Paseo de la Castellana 109, 28046 Madrid

© Autores y editor, 2023

NIPO 083-15-140-0 (edición impresa)

ISSN 0034-9399 (edición impresa)

Depósito legal M 523-1958

Fecha de edición: junio de 2024

Maqueta e imprime: Imprenta Ministerio de Defensa

NIPO 083-15-141-6 (edición en línea)

ISSN 2530-1497 (edición en línea)



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

En esta edición se ha utilizado papel procedente de bosques gestionados de forma sostenible y fuentes controladas.

## ÍNDICE GENERAL DEL NÚMERO 119 ENERO-JUNIO 2023

### ESTUDIOS

- Vicente Lanz Muniain. *El CNI, un servicio de inteligencia y seguridad. Panorama normativo* ..... 9
- Isabel María Romero Lucas. *El Régimen Especial de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas: de un glorioso pasado a un incierto futuro* ..... 37
- Beatriz López Pesquera y Raúl Martínez Moreno. *La responsabilidad patrimonial del Estado en los casos de prisión provisional no seguida de condena* ..... 87
- Rodrigo Claudio Blanco Aguirre. *El alcance de las especialidades de los bienes inmuebles del ramo de la defensa dentro del patrimonio del Estado* ..... 129

### RECENSIONES DE LIBROS

- Ruiz Arévalo, J. (2023). *Derecho Militar Sancionador*. M. A. Cuadrado Ruiz y R. E. Matamoros Martínez (dirs. y coords.). Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 1.<sup>a</sup> edición. Tres tomos ..... 191
- Pascual Sarría, F. L. (2023). *Manuel de Droit des Opérations Militaires*. C. Faure y R. Stamminger (dirs. y coords.). Publicado por la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Estado Mayor de la Defensa del Ministerio de Defensa de la República Francesa..... 199

### NOTICIAS DE REVISTAS

- Francisco Luis Pascual Sarría. *Noticias de revistas* ..... 207

### DOCUMENTACIÓN

- José-Leandro Martínez-Cardós Ruiz. *Doctrina legal del Consejo de Estado* ..... 215

### NORMAS EDITORIALES ..... 227



# **ESTUDIOS**



## **EL CNI, UN SERVICIO DE INTELIGENCIA Y SEGURIDAD. PANORAMA NORMATIVO**

Vicente Lanz Muniain  
*General consejero togado (retirado)*

### *Resumen*

El creciente interés que suscitan los Servicios de Inteligencia ha rebasado el marco de la opinión pública y ha empezado a ser analizado en medios académicos junto a otras cuestiones, como la prospectiva, en una sociedad de la información, cada día más interrelacionada. Sin embargo, hay que aproximarse a este tema con algunas ideas claras y la primera sería diferenciar entre Servicios de Inteligencia y Servicios de Seguridad, que responden a necesidades y principios distintos y que, frecuentemente, deben su enfoque y estructura a la evolución que han tenido en cada país, lo que exige analizar en nuestro caso su evolución en España.

Tal distinción es relevante a los efectos de analizar si resulta necesaria una regulación legal de dichos servicios y en qué casos es necesaria la existencia de cautelas y controles en su funcionamiento para garantizar que no corran riesgo los derechos individuales. Cuáles han de ser dichos controles y cuál es la regulación legal en nuestro país, junto a la crítica de la misma, constituye el objeto de este trabajo, que examina las posibles soluciones a la vista de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

*Palabras clave:* Servicios de Inteligencia, Contrainteligencia, Control Externo, Control Interno, Criptológico, Regulación, Seguridad.

THE CNI, AN INTELLIGENCE AND SECURITY SERVICE.  
REGULATORY LANDSCAPE

*Abstract*

The growing interest in intelligence services has gone beyond the framework of public opinion and has begun to be analysed in academic circles along with other issues, such as foresight, in an increasingly interconnected information society. However, it is necessary to approach this subject with some clear ideas, and the first would be to distinguish between intelligence services and security services, which respond to different needs and principles and often owe their approach and structure to the evolution they have undergone in each country, which in our case requires analysing their evolution in Spain.

This distinction is relevant in order to analyse the need for legal regulation of these services is necessary, and in which cases the existence of safeguards and controls in their operation is necessary to ensure that individual rights are not compromised. What these controls should be and what is the legal regulation in our country is, together with a critique of it, is the subject of this paper, which examines possible solutions in the light of the doctrine of the European Court of Human Rights.

*Keywords:* Intelligence Services, Counterintelligence, External Control, Internal Control, Cryptologic, Regulation, Security.

*Sumario:*

1. Introducción. 2. La cuestión de la regulación legal de los Servicios de Inteligencia y de Seguridad. 3. El control de los Servicios de Inteligencia y Seguridad. 3.1. Control interno. El control del ejecutivo. 3.1.1. La base del control interno. Principios de actuación y estructura de los Servicios. 3.1.2. El control del Gobierno. 3.2. Control externo. El control parlamentario. 3.2.1. Contenido del control y su regulación legal. 3.2.2. Crítica de la ley en este punto. 3.3. Control externo. El control judicial. 3.3.1. Situación actual de la cuestión en nuestro ordenamiento jurídico. Las medidas intrusivas solo pueden adoptarse en un procedimiento penal. 3.3.2. Nuevo marco legal que incorpora la ley Orgánica 2/2002. 3.3.3. Crítica de la ley en este punto.

## 1. INTRODUCCIÓN

Se suele utilizar el término genérico de «Servicios de Inteligencia» para referirse al conjunto de los distintos organismos que desarrollan la vital función de proporcionar seguridad a los Estados cuando, en realidad, se trata de una sola clase de Servicio, al que deben añadirse otros actores, pues no es lo mismo la necesidad de disponer de valoraciones veraces y oportunas sobre las intenciones, capacidades y eventuales acciones de otros países que supongan una amenaza o entren en colisión con nuestros intereses nacionales en un ámbito determinado, que la necesidad de detectar y neutralizar las actividades de otros organismos extranjeros que persigan esos mismos fines en nuestro país o, finalmente, la detección y neutralización de aquellas actividades que supongan un riesgo para nuestra estabilidad o constituyan una amenaza para la seguridad de nuestros ciudadanos.

Por ello, en sentido más propio, debe hablarse de Servicios de Inteligencia y de Servicios de Seguridad, o de Servicios de Inteligencia exterior y de Inteligencia interior y, normalmente, esas dos tareas se encomiendan a organismos distintos. El dedicado a lograr evaluaciones e informaciones de las capacidades e intenciones de otros Estados que se opongan u obstaculicen nuestros intereses nacionales (Servicios de Inteligencia) y el dedicado a protegernos de las actividades de espionaje hostiles (contraespionaje) o de las actividades de elementos internos o externos que impliquen amenazas a la estabilidad de nuestras instituciones democráticas, o de nuestros ciudadanos (contrasubversión o contraterrorismo).

Este es el esquema que predomina en la práctica generalidad de los países. Esquema que se construye distinguiendo un Servicio o Agencia de Inteligencia exterior, cuyo modelo más conocido es el de los Estados Unidos (la CIA) y un Servicio o Agencia de Seguridad interior (FBI), pero es también el que se utiliza en Alemania, Francia, Reino Unido o Italia. La razón de este desdoblamiento la encontramos no solo en la tradición de esos países, sino también en la exigencia de una especialización en las misiones que se les encomiendan, que pasan por una actividad más agresiva en el exterior —donde no rigen ni se exigen cautelas constitucionales para el uso de procedimientos que impliquen limitaciones o desprecio de los derechos individuales— y que provocan que los Servicios dedicados a la Inteligencia exterior tengan muy restringida o, incluso, prohibida su actuación dentro del territorio nacional por esos motivos. Por el contrario, los Servicios de Seguridad —que actúan en el interior para prevenir y neutralizar amenazas contra las instituciones o los ciudadanos— se encuentran su-

jetos en los países democráticos a numerosas restricciones necesarias para salvaguardar los derechos individuales. Naturalmente, esas limitaciones no se contemplan en los países de regímenes autoritarios, donde los Servicios o Agencias de Seguridad ignoran toda cortapisa que limite su actuación.

Por lo que se refiere a España, esta misma configuración se aplicaba con algunas peculiaridades antes de crearse en 1977 el Centro Superior de Información de la Defensa (CESID). En efecto, la misión de Inteligencia exterior se encontraba fundamentalmente ligada —con las excepciones propias del ámbito diplomático— a los esquemas de la Inteligencia militar, enmarcados en la División de Inteligencia del Alto Estado Mayor que, además, contaba con la Sección de Contrainteligencia, lo que resulta curioso, pues las misiones de esta la sitúan claramente en el ámbito de los Servicios de Seguridad. Tal configuración se debía a que, tradicionalmente, tanto el espionaje como el contraespionaje se consideraban predominantemente volcados al ámbito de la información militar.

La Seguridad interior, radicada en Presidencia del Gobierno, se organizó tras los acontecimientos que dieron lugar a la Revolución de los Claveles en Portugal. Surgió así la Organización Contrasubversiva Nacional (OCN) con la misión de detectar y controlar las actividades subversivas que pudieran producirse y que, más tarde, vino a completarse con la misión de detección y control de organizaciones terroristas en el interior, dando origen al Servicio Central de Documentación (SECED), antecedente del Centro Superior de Información de la Defensa.

Pero a partir de la creación del CESID, en julio de 1977 (y con las modificaciones introducidas en el Decreto de 27 de marzo de 1981) el esquema de los dos Servicios se modifica y se construye un modelo que cuenta con un único Servicio de Inteligencia interior y exterior, cuya misión ha sido tanto la elaboración de Inteligencia como la Seguridad interior, que se concretó en la norma constitutiva del Centro, según la cual «sería el órgano encargado de obtener, evaluar, interpretar y facilitar al ministro de Defensa cuanta información fuera necesaria para la defensa nacional, atendiendo prioritariamente a las necesidades de la Junta de Jefes de Estado Mayor». Como se puede observar, seguía presente un enfoque militar.

En desarrollo del decreto de creación se dictó la Orden de 30 de septiembre de 1982 para aprobar la estructura y misiones del Servicio. En ella se le asignaron, por una parte, las misiones de obtener, evaluar y difundir la información necesaria para prevenir cualquier peligro, amenaza o agresión contra su independencia o integridad territorial y para asegurar sus intereses nacionales, en los ámbitos político, económico, tecnológico y militar y, por otra parte, la de oponerse al espionaje y a las actividades

de los Servicios de Inteligencia extranjeros que pudieran atentarse contra la seguridad o los intereses nacionales, mediante su prevención, detección y neutralización dentro y fuera del territorio nacional.

Resulta curiosa esa precisión de que las acciones de la contrainteligencia pudieran llevarse a cabo fuera del territorio nacional. Constituye una cierta anomalía respecto a los criterios que rigen los Servicios de Seguridad, que tradicionalmente han venido limitando su esfera de actividad al ámbito interior y por ello han de acomodar sus actividades a las exigencias de respetar los derechos individuales, salvo los supuestos autorizados por la ley. Podría interpretarse esta norma como una autorización para los conocidos como *Action Services*, que actúan agresivamente y sin límites fuera de sus fronteras.

Por último, la orden ministerial de 1982 le asignaba, por un lado, la misión de obtener, evaluar y difundir la información relativa a cuantos procesos internos que, mediante procedimientos anticonstitucionales, atentaran contra la unidad de la patria y contra la estabilidad de sus instituciones fundamentales y, por otro, la de velar por la seguridad de la información, tecnología, procedimientos, objetivos e instalaciones de interés para la defensa (tanto propios como de países aliados) en lo que no fuera competencia directa de las Fuerzas Armadas. Es esta una referencia curiosa encaminada a proteger bases o instalaciones de países aliados, precisión que no ha sido recogida en las siguientes disposiciones legales.

Semejante asignación de misiones daba cuenta de esa vocación de un solo Servicio para la Seguridad y la Inteligencia que, de esta manera, contaba con la División de Inteligencia Interior, integrada por las estructuras del extinto SECED, la División de Inteligencia Exterior y la División de Contrainteligencia, procedentes ambas de las estructuras radicadas en el Alto Estado Mayor. Además, de nueva creación, incorporó la División de Economía y Tecnología.

Finalmente, la constitución del Centro Nacional de Inteligencia (CNI) sigue el mismo esquema organizativo, a la vista de lo que dispone su ley constitutiva, 11/2002, de 6 de mayo, complementada por la Ley Orgánica 2/2002, de la misma fecha:

«El Centro Nacional de Inteligencia es el organismo público responsable de facilitar al presidente del Gobierno y al Gobierno de la Nación las informaciones, análisis, estudios o propuestas que permitan prevenir y evitar cualquier peligro, amenaza o agresión contra la independencia o integridad territorial de España, los intereses nacionales y la estabilidad del Estado de derecho y sus instituciones».

Como puede observarse, en esta norma se incluyen misiones que son propias tanto de la Inteligencia Exterior como de la Seguridad interior, pero, seguidamente, la ley viene a reforzar este carácter al establecer las funciones del Centro.

Así, detalla las que son propias de un Servicio de Inteligencia cuando le asigna la misión de obtener, evaluar e interpretar información y difundir la inteligencia necesaria para proteger y promover los intereses políticos, económicos, industriales, comerciales y estratégicos de España, pudiendo actuar dentro o fuera del territorio nacional.

Acto seguido, alude pormenorizadamente a las que son propias de un Servicio de Seguridad, al encomendarle la tarea de prevenir, detectar y posibilitar la neutralización de aquellas actividades de servicios extranjeros, grupos o personas que pongan en riesgo, amenacen o atenten contra el ordenamiento constitucional, los derechos y libertades de los ciudadanos españoles, la soberanía, integridad y seguridad del Estado, la estabilidad de sus instituciones, los intereses económicos nacionales y el bienestar de la población. Y no solo eso, sino que le encomienda la tarea de monitorizar y proteger el tráfico de las señales estratégicas, constituirse en el Centro Criptológico Nacional y la de velar por el cumplimiento de la normativa de protección de la información clasificada.

En resumen, se trata de un Servicio híbrido y ese carácter habrá de tenerse en cuenta cuando se analicen los controles a los que se somete el Centro y las peculiaridades de su actuación dentro o fuera del territorio nacional, pues los sistemas de control han de ser distintos en cada caso, a pesar de que la ley no haga esas distinciones. Habrá, entonces, que acudir a la interpretación de la norma en cada caso concreto para no debilitar o poner en riesgo a los miembros del Centro o la seguridad de la información que haya podido obtenerse.

## 2. LA CUESTIÓN DE LA REGULACIÓN LEGAL DE LOS SERVICIOS DE INTELIGENCIA Y DE SEGURIDAD

La primera cuestión respecto al tratamiento de los Servicios de Inteligencia y de Seguridad es si deben ser objeto de una regulación legal. Esta cuestión ha sido debatida con apasionamiento en todas partes y no ha sido infrecuente la afirmación de que la mejor regulación de estos servicios es la que no existe. Las razones para adoptar semejante postura se orientaban más en el sentido de primar la necesidad de encubrir sus actividades (que podrían considerarse hostiles por otros países),

antes que argumentar que, de este modo, podrían actuar con una mayor libertad en la realización de actividades que implicasen limitación de los derechos individuales cuando se tratara de actuar en su propio país y respecto de sus propios ciudadanos. Aunque semejante argumentación ha decaído ante la incorporación a la mayoría de los ordenamientos jurídicos del principio de justicia universal, que permite a la justicia de un país perseguir a sus nacionales por los hechos ilícitos que hubieran cometido en el extranjero, si se producen determinados supuestos de hecho. En España también rige dicho principio a partir de la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial por la Ley 1/1994, de 13 de marzo.

A pesar de ello, la cuestión de regular, delimitar y controlar los Servicios de Inteligencia y de Seguridad sigue siendo polémica. El almirante Battelli, director hasta el año 2005 del Servicio militar italiano SISMI no ha dudado en afirmar públicamente que estaba:

«[...] convencido de que si un Estado decide dotarse de Servicios de Inteligencia es porque ha llegado a la conclusión de que con los medios ordinarios no le es posible garantizar su seguridad. Pedir que operen en el ámbito de la legalidad que hace de marco a la actividad de la Magistratura y de las fuerzas de policía es, en consecuencia, una auténtica *contradictio in terminis*, que termina por negar la propia razón de la creación de Servicios de información y seguridad. Me parece, por tanto, demasiado obvio que los Servicios deban poder hacer cosas ilegales».

Claro que semejantes afirmaciones no se contradicen con las tesis que se mantienen en el presente trabajo, que parten de la distinción entre Servicios de Inteligencia y Servicios de Seguridad y que se traducen en el diferente trato que ha de darse a unos y otros. Pueden y deben regularse, así como limitar la actividad de los segundos, pues operan dentro del territorio nacional y pueden afectar a los derechos individuales de los propios ciudadanos, mientras no se deben establecer limitaciones a los Servicios de Inteligencia, que operan en el exterior. Pero tanto unos como otros si deben estar sometidos al control en lo que se refiere a la planificación y ejecución de sus actividades para que no se desvíen de su marco de actuación, pues son instrumentos verdaderamente poderosos en la organización del Estado que actúan, además, con la protección que les proporciona el secreto de sus actividades y, por ello, cualquier desviación en sus actuaciones podría ser muy peligrosa.

En España, la regulación mediante una disposición con rango de ley es reciente. Como hemos visto, data de 2002 y son muchos y con mucha frecuencia, los que opinan que la iniciativa para aprobar una normativa del máximo rango fue debida al escándalo político que se produjo en junio 1995 a raíz de la revelación periodística de la existencia de una serie de escuchas telefónicas realizadas por el CESID al margen de la ley, lo que dio lugar a un procedimiento judicial que terminó con la sentencia de 26 de mayo de 1999, de la Audiencia Provincial de Madrid, en la que se consideraba probado que se captaron, se escucharon y se grabaron, entre otras muchas, conversaciones de S. M. el Rey Juan Carlos, de los ministros Francisco Fernández Ordóñez y José Barrionuevo y de parlamentarios, miembros del Consejo General del Poder Judicial, periodistas y empresarios, «que llegaron a conocimiento de algunos medios de comunicación por vía o vías que no han podido determinarse».

Sin perjuicio de que ello era cierto, no lo es menos que la «vía o vías que no han podido determinarse» por las que llegaron a los medios de comunicación esas noticias, estuvieron perfectamente planificadas en una operación política de largo alcance. Como tampoco puede ignorarse que en la «comunidad de inteligencia» existía el convencimiento de que era necesaria una regulación de los Servicios, con rango legal suficiente, para que pudieran amparar los denominados «procedimientos de inteligencia» (entradas y registro en domicilios o escuchas telefónicas), que hasta entonces se llevaban a cabo con medios y cobertura muy precarios y que eran y siguen siendo necesarios para poder obtener informaciones y que, al propio tiempo, salvaguardaran los derechos individuales.

Como se ha anticipado, en este punto es donde resulta necesario tener en cuenta la distinción que hemos hecho entre Servicios de Inteligencia y Servicios de Seguridad, pues los Servicios de Inteligencia Exterior son órganos integrados en la Administración del Estado que tienen como finalidad obtener informaciones y valoraciones sobre la estructura, las capacidades y las intenciones de otros países y tal actividad podría suponer una potencial agresión, que no debería ser regulada como actividad normalizada de la actividad exterior del Estado. Otros estiman que no se debe renunciar a regular legalmente tal actividad (realizar acciones de inteligencia en el exterior), pues todos lo hacen y, por tanto, el anuncio de su existencia sirve de anuncio público de que el Estado no renuncia a defenderse.

Por mi parte, considero que esta razón es válida, pues una sociedad constituida en Estado no puede aparecer inerme frente a los desafíos que ha de enfrentar. Pero semejante regulación, en mi criterio, ha de limitarse a dejar constancia de que podrán emprenderse actividades de Inteligencia

Exterior, pero sin regular ni limitar en modo alguno cómo, dónde o cuándo dichas actividades vayan a emprenderse.

La conclusión, pues, ha de ser que el sistema de regulación legal de los Servicios ha de limitarse prácticamente a los Servicios de Seguridad, cuyo ámbito de actuación es su propio territorio nacional. Se trata de actividades puramente defensivas y, por lo mismo, perfectamente admisibles en el ordenamiento jurídico internacional, por lo que no existiría ningún inconveniente en regularlas desde ese punto de vista. En el supuesto de estos Servicios de corte defensivos, ocurre que sus actividades en el interior de sus propios países puede provocar limitaciones de los derechos fundamentales, lo que exige que deban someterse a las limitaciones legales en su actuación, dado que ya no está en vigor la disposición contenida en la Orden de 30 de septiembre de 1982 que regulaba la estructura y funciones del CESID y que, como vimos, facultaba a un Servicio de Seguridad (como la Contrainteligencia) a combatir las actividades hostiles de la inteligencia extranjera mediante su prevención, detección y neutralización fuera del territorio nacional.

Además, tradicionalmente en España solo se ha considerado necesario regular las actividades defensivas (de Seguridad) y no las ofensivas (las de Inteligencia). Como ejemplo curioso podemos citar la primera disposición de la que se tiene noticia, que es la Ley de 26 de julio de 1935, que modificó el Código de Justicia Militar de 1890 y el Código Penal de la Marina de Guerra de 1888 en lo relativo a los delitos de espionaje y que autorizó en su art. 3 a las autoridades de todo orden a demorar la detención de los espías (con el evidente propósito de contar con un mejor conocimiento de sus actividades y cómplices),

«suspender la tramitación de las denuncias contra los mismos y la posible incautación de elementos o instalaciones de que aquellos se valieren en relación con sus actividades y las de sus cómplices o encubridores, siempre que semejantes demoras o suspensiones tuvieran lugar por estimar aquellas Autoridades que así conviene a los intereses de la defensa nacional»,

sin incurrir por ello en responsabilidad. En tales casos, debían consultar al Ministerio de la Guerra sobre si debían cesar la demora o la suspensión, resolviendo el ministerio lo más procedente, oyendo al servicio de Información del Estado Mayor Central.

Dicha ley incluía algunas especialidades en la tramitación del procedimiento penal. Daba intervención al Estado Mayor Central, que debería

aportar todos los antecedentes o datos que pudieran servir para el mejor resultado y eficacia del procedimiento judicial. Como se puede observar, la Ley de 1935 mantenía la actividad del servicio de información del Estado Mayor Central dentro del procedimiento penal que se instruyera por la Autoridad Judicial militar.

### 3. EL CONTROL DE LOS SERVICIOS DE INTELIGENCIA Y SEGURIDAD

#### 3.1. CONTROL INTERNO. EL CONTROL DEL EJECUTIVO

El primero de los controles a los que debe someterse a un Servicio de Inteligencia o de Seguridad es el que corresponde al Gobierno. Este control interno de sus actividades tiene como finalidad garantizar que su actuación se mantiene dentro del esquema de funciones y objetivos que se le han marcado y, al mismo tiempo, que se realiza conforme a los principios que inspiran su actuación. Este control interno puede lograrse por dos vías: en primer lugar, estableciendo una estructura y unas pautas de actuación que lo faciliten y, en segundo lugar, asegurarlo por medio del director (que es designado libremente por el Gobierno) y por el ministro que tenga asignada la responsabilidad de controlar sus actividades.

##### **3.1.1. La base del control interno. Principios de actuación y estructura de los Servicios**

Como los demás órganos de la Administración a la que pertenece, el Centro debe acomodar su actividad a los principios del art. 109.1 de la Constitución, que impone servir con objetividad los intereses generales, actuando con pleno sometimiento a la ley y al derecho, principio que se replica y recoge en el art. 2 de la Ley 11/2002, su reguladora, que dispone que llevará a cabo sus actividades específicas en el marco de las habilitaciones contenidas en la propia ley y en la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo.

No obstante, existe una cierta discordancia entre los propósitos enunciados en la exposición de motivos, que habla de «eficacia y transparencia» en su actuación, cuando lo cierto es que la actividad de los Servicios se caracteriza, precisamente, por todo lo contrario, su opacidad, lo que se

reconoce en el texto legal normativo, cuando en el art. 2 párrafo primero habla de «actividades específicas» de los Servicios lo cual, en términos coloquiales, puede traducirse por uso de métodos que pueden ser intrusivos en la intimidad y los derechos individuales.

El segundo de los principios de actuación obliga a someter las actividades de los Servicios al control parlamentario y judicial en los términos previstos en la propia ley reguladora y en la Ley Orgánica 2/2002 que prevé el control judicial previo. Pero tal principio se condiciona a la garantía de que se produzca sin perjuicio de la seguridad.

Por último, el apartado tercero señala que en el desarrollo de sus actividades y en el ejercicio de sus funciones, el Servicio deberá actuar bajo los principios de eficacia, especialización y coordinación y, siempre, dentro y de acuerdo con los objetivos de inteligencia definidos por el Gobierno.

Este principio de especialización en la actuación ofrece una perspectiva importante respecto a la posibilidad de control derivada de la estructura del Servicio, donde existen órganos de inteligencia y órganos de apoyo (técnico y operativo). Los primeros tienen la misión genérica de obtener, evaluar, interpretar y difundir información en sus áreas de inteligencia que, por razones de seguridad, ahora no detalla el Real Decreto 438/2002, de 10 de mayo, dictado en desarrollo de la ley reguladora. Mientras, los segundos, los órganos de apoyo a la inteligencia, habrán de actuar cuando los cometidos de aquellos requieran medios, procedimientos o técnicas especiales. Además, otra área de apoyo atenderá las necesidades de medios humanos materiales y económicos para los mismos fines de obtención y elaboración de inteligencia.

Pues bien, la experiencia nos dice que se deben mantener separadas las competencias y las responsabilidades de unas y otras áreas para evitar que un solo organismo dentro del Servicio pueda proyectar, decidir y ejecutar operaciones de inteligencia. Esta posibilidad está absolutamente proscrita porque, de producirse, se corre el riesgo de desbordar las misiones que tiene encomendadas o, lo que es tan grave o más, se pueden ignorar los principios que rigen el funcionamiento del Servicio y propiciar con ello que puedan quedar fuera de control.

Para ello, se impone separar las funciones de los órganos de inteligencia (que han de limitarse a proponer y proyectar las tareas de adquisición que se encuentren dentro del marco de sus objetivos y que no puedan llevar a cabo con sus propios medios) de las funciones que corresponden a los órganos de apoyo técnico y operativo que, en ejecución de las decisiones de la dirección del Servicio, ejecutará las operaciones propuestas por las unidades de inteligencia. De esta manera, ninguno de los órganos genéricamente

citados dispone de competencias distintas a las que se le han marcado. La dirección no puede proponer, proyectar ni ejecutar ninguna actividad (solo aprobar las que se le proponen). Las unidades de inteligencia no pueden decidir ni ejecutar ninguna actividad técnica ni operativa y las unidades de apoyo a la inteligencia no pueden proponer ni acordar ninguna actividad que no se les haya encomendado de manera expresa y dentro de los límites que se le hayan marcado.

### **3.1.2. El control del Gobierno**

El control que ejerce el Gobierno sobre las actividades de los Servicios le viene exigido por la responsabilidad política que le incumbe por la tarea de dirigir la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado, como señala el art. 97 de la Constitución. Ello, a pesar del carácter de organismo autónomo con personalidad jurídica propia que le otorga la disposición adicional primera de la ley constitutiva del Servicio, lo que no le exime de una dependencia orgánica y funcional del Ministerio de Defensa.

La responsabilidad de controlar políticamente el funcionamiento del Centro le corresponde al Gobierno, que la ejerce previamente y a posteriori. Así:

- Previamente, al marcarle claramente sus objetivos anuales a través de la Directiva de Inteligencia, a propuesta de la Comisión Delegada para asuntos de Inteligencia. El contenido de dicha Directiva sirve de límite preciso para las actividades del Centro y facilita posteriormente la tarea de control, pues queda entendido que no podrá realizarse ninguna clase de actividad fuera de los objetivos concretos que se le hayan marcado, los cuales, a su vez, no podrán rebasar las funciones encomendadas al Centro en la ley reguladora. Por otra parte, la actividad que se desarrolle para el cumplimiento de los objetivos marcados deberá acomodarse a los principios que rigen la actividad del servicio y que también se hallan definidos en la ley reguladora.

Con todo, parece existir una cierta rigidez en el hecho de asignar anualmente los objetivos, plazo que puede ser demasiado amplio para las cambiantes circunstancias que se producen en el mundo actual. En tal situación, privar de la posibilidad de establecer nuevos objetivos a los Servicios en razón a la aparición de situaciones inesperadas no parece prudente. Sería razonable arbitrar algún

procedimiento para que el Gobierno, con las necesarias garantías, pudiera fijar nuevos objetivos en casos de urgencia, que deberían tener el mismo rigor formal exigido para la planificación anual.

- Posteriormente, desde el interior del Servicio, controlando el planeamiento y la ejecución de sus actividades en cumplimiento de dicha Directiva, tarea que incumbe inicialmente al director, que es nombrado por el Gobierno y que, por ello, goza de su confianza. Le corresponde impulsar su actuación y coordinar la actividad de las unidades del Servicio para alcanzar los objetivos que le han sido asignados. Aún más, debe asegurar la adecuación de las actividades a dichos objetivos de Inteligencia.
- Con posterioridad también y desde el exterior del Servicio. Corresponde al ministro del departamento al que está adscrito, que asume la correspondiente responsabilidad política y también a la Comisión Delegada para asuntos de Inteligencia, que debe realizar el seguimiento y evaluación de los resultados obtenidos, así como velar por la necesaria coordinación con los demás Servicios, tanto de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, como con los demás órganos de la Administración civil y militar del Estado.

### 3.2. CONTROL EXTERNO. EL CONTROL PARLAMENTARIO

Aparte del control sobre la ejecución de los créditos reservados, que se lleva a cabo ante el correspondiente Comisión Parlamentaria y al que se someten todos los Ministerios que los tienen asignados (Asuntos Exteriores, Interior y Defensa) y al que rinde cuentas el ministro de Defensa, el Centro Nacional de Inteligencia se encuentra sometido a este control político en el Parlamento, en este caso de forma directa.

El control parlamentario de las actividades de los Servicios de Inteligencia y Seguridad se considera fundamental en los países democráticos para evitar un abuso por parte de los Poderes Públicos de unas herramientas tan poderosas. En nuestro país, solo muy recientemente se ha afrontado la tarea de regular este mecanismo de control externo, acorde con las previsiones contenidas en el art. 66.2 de la Constitución sobre el control de las actividades del Ejecutivo. La Ley 11/2002 la regula en su art. 11, estableciendo un procedimiento específico para el Servicio, distinto del genérico que se contempla para controlar las demás actuaciones, del Ejecutivo y del ministerio de Defensa, que es el órgano del Gobierno al que se adscribe el CNI, quizás por sus especiales características.

### **3.2.1. Contenido del control y su regulación legal**

Teniendo en cuenta las cuestiones que hemos venido señalando, el control de los Servicios de Inteligencia y Seguridad por el Parlamento requiere tener en cuenta una serie de cuestiones, como las siguientes:

A) La exigencia inicial es que los Servicios de Inteligencia y Seguridad actúen dentro de los límites que le imponen la ley que los regula, que su actividad se circunscriba a los objetivos que le han sido señalados en la Directiva de Inteligencia y que hayan empleado los medios que tienen autorizados de manera que, en el caso de los segundos, (los Servicios de Seguridad) no hayan usado, de manera irregular y sin la autorización judicial previa, medios que sean susceptibles de limitar derechos individuales.

La regulación legal abarca la posibilidad de controlar esas limitaciones y cautelas, aun cuando la ley reguladora no se refiera de manera expresa a estos extremos, pues el marco de su actuación viene establecido en el art. 4 al establecer las funciones del Centro y la exigencia de incorporar al procedimiento de control la Directiva de Inteligencia y el informe anual del director completa las posibilidades de control en este punto.

En efecto, el art. 11 de la ley, que señala que «el Centro Nacional de Inteligencia someterá al conocimiento del Congreso de los Diputados la información apropiada sobre su funcionamiento y actividades». El control se materializará, según dispone el apartado 4 de ese artículo proporcionando a la Comisión parlamentaria «los objetivos de inteligencia establecidos anualmente por el Gobierno (la Directiva de Inteligencia y el informe que, también con carácter anual, elaborará el director del Centro Nacional de Inteligencia de evaluación de actividades, situación y grado de cumplimiento de los objetivos señalados para el período anterior».

B) El segundo requerimiento consiste en la necesidad de poner a disposición de la Cámara todos los elementos necesarios para poder llevar a cabo un adecuado control de las actividades del Gobierno en lo que se refiere a las actividades de Inteligencia y eso significa conceder acceso a los datos necesarios para desempeñar esa función que le encomienda la Constitución. Claro que esta exigencia general debe ser matizada, en un doble sentido:

- En primer lugar, deben adoptarse determinadas cautelas para que el debate que exige el control se produzca sin publicidad, pues en otro caso se pondría en riesgo la efectividad de los Servicios, que no

deben divulgar sus métodos de trabajo, su despliegue, sus fuentes ni la identidad de sus miembros.

Esta cautela se recoge en la ley, que señala que la Comisión, que es la que controla los gastos reservados, no tendrá acceso a las materias relativas a las fuentes que maneje el Servicio, ni a los medios empleados para la obtención de inteligencia, ni tampoco las que procedan de Servicios extranjeros o de organizaciones internacionales, en los términos que se contengan en los convenios de intercambio de información clasificada.

Además, el contenido de las sesiones y sus deliberaciones está clasificado como secreto y los miembros de la Comisión vienen obligados también a mantener el secreto sobre las informaciones y documentos que reciban, que tendrán que devolver para ser custodiados por el Servicio (no podrán permanecer en la Cámara) y no pueden retenerlos ni en el caso de los originales, ni sus posibles copias o reproducciones.

- En segundo lugar, debe aceptarse que la Cámara es soberana para establecer su Reglamento y le corresponde a ella asegurar la estancamiento y la reserva de los datos que necesite manejar para llevar a cabo su tarea de control político.

Esta exigencia se recoge también por la ley reguladora, que poco más añade en el apartado 1.º de su art. 11, salvo que la Comisión estará presidida por el presidente de la Cámara, en la forma prevista por su Reglamento y que tendrá conocimiento de la información apropiada que viene obligado a proporcionarles el Servicio.

C) Aunque parezca una obviedad, otra exigencia importante para realizar este control parlamentario es que debe ejercerse, precisamente, sobre el Gobierno, pues tiene por finalidad controlar políticamente su actividad en una materia especialmente sensible, como es la seguridad del Estado, cuya dirección le viene exclusivamente encomendada por la Constitución. Para ese propósito, la Comisión recibirá del Gobierno la directiva de Inteligencia que debe aprobar anualmente y debe tener igualmente acceso al informe anual de los resultados de su actividad. Este esquema podría ser utilizado asimismo para dar cuenta de la regularidad en la ejecución de las autorizaciones previas emitidas por el Poder Judicial.

Sin embargo, no señala que se podrá emplazar al ministro de Defensa con el objeto de exigirle debida cuenta de su labor de control sobre los Servicios, dado que es el responsable político de su funcionamiento y actividades, aunque es lógico que pueda hacerlo. Lo que sí establece

directamente el que el informe anual de actividades y resultados debe ser elaborado por el director del Centro, así como la situación y el grado de cumplimiento de los objetivos señalados para el período anual, contenidos en la citada Directiva de Inteligencia.

### 3.2.2. Crítica de la ley en este punto

#### A) ALCANCE PREVISTO PARA EL CONTROL

Como hemos visto, el art. 11.1 de la ley exige que se proporcione a la Comisión del Congreso de los Diputados, los datos necesarios para que pueda desarrollar sus funciones de control sobre el funcionamiento y las actividades del servicio. Sin embargo, seguidamente matiza el alcance que ha de tener el control parlamentario y lo hace en un doble sentido: en primer lugar, estableciendo limitaciones a la información que el Centro debe proporcionar a la Comisión de control y, en segundo lugar, fijando las reglas sobre cómo o sobre qué Comisión o Comisiones han de realizar la labor de control.

- a) Respecto a la primera cuestión, es decir, respecto a los límites que se establecen, hay que señalar que, aunque pueda parecer razonable que no se proporcionen a la Comisión parlamentaria datos o informaciones que, a su vez, hayan sido aportadas por un servicio extranjero o por una organización internacional, en cumplimiento de lo previsto en convenios de intercambio de información, ello constituye una limitación que pudiera rebasar los principios constitucionales en materia de control. En efecto, dichos acuerdos o convenios puramente ejecutivos se conciertan por el Gobierno, mediante los conocidos como «Memorandos de entendimiento» y, en algunos casos, por los propios Servicios de Inteligencia, sin intervención alguna de las Cortes Generales (a diferencia de lo que sucede con los tratados internacionales). Semejante situación puede propiciar que el Gobierno o, incluso, el propio Servicio incluyan cláusulas limitativas a la intervención de la Comisión de control en determinadas cuestiones sobre las que pretendieran introducir una cierta opacidad en relación con el control parlamentario y, a través de esa vía, imponer límites a su obligación de suministrar informaciones al Congreso.
- b) La segunda de las cuestiones también puede dar origen a dificultades, pues la ley contiene disposiciones sobre el funcionamiento mismo de la Cámara, lo cual es contradictorio con la facultad de

que disponen las Cortes Generales de dotarse de su propio Reglamento, de acuerdo con lo previsto en el art. 72.1 de la Constitución, que dispone que «las Cámaras establecen sus propios Reglamentos» y que añade que la aprobación de los mismos y su reforma «serán sometidos a una votación final sobre su totalidad, que requerirá la mayoría absoluta».

Formalmente la ley parece reconocer esa autonomía reglamentaria, pues el art. 11.1 dispone inicialmente que el control se llevará a efecto «en la forma prevista por su Reglamento» (del Congreso de los Diputados) pero, a renglón seguido, adopta normas incompatibles con esa afirmación, como son las siguientes:

- Señala la Comisión competente para llevar a cabo dicho control (la que controla los créditos destinados a gastos reservados).
- Dispone las condiciones en las que la Comisión tendrá acceso al conocimiento de las materias clasificadas, pues lo excluye en dos supuestos citados: en el relativo a las «fuentes» y «medios» del Centro y en lo que se refiere a los procedentes de Servicios de Inteligencia extranjeros o de organizaciones internacionales.
- Impone el deber de reserva a los miembros de la Comisión respecto a las informaciones que reciban (el texto repite obsesivamente dos veces en el mismo artículo el carácter de secreto), mención innecesaria, pues tal obligación ya se encuentra contenida en el art. 13 del Reglamento del Congreso.

No hay duda de que algunas de esas condiciones serían razonables, pero el medio utilizado por la ley no parece ser el adecuado para resolver ese problema. Además, está en contradicción con el art. 10.2 de la Ley 9/1968, de 5 abril, de Secretos Oficiales, que dispone expresamente que la declaración de materias clasificadas «no afectará al Congreso de los Diputados ni al Senado, que tendrán siempre acceso a cuanta información reclamen».

## B) ÓRGANO QUE DEBE SOMETERSE AL CONTROL

Como hemos visto, la ley no se refiere en ningún momento a que sea el Gobierno o el ministro de Defensa el que deba comparecer o deba responder políticamente de la actividad del Centro. Al contrario, las dos ocasiones en que se alude a esta circunstancia se refieren al propio Centro Nacional de Inteligencia y a su director como los sujetos pasivos del control parlamentario: por un lado, el art. 11.1 señala que será el Centro Nacional de Inteligencia el que «someterá al conocimiento del Congreso de los Diputados... la información apropiada sobre su funcionamiento y actividades».

Por otro lado, el art. 11.4, dispone que la Comisión parlamentaria conocerá «del informe que también con carácter anual, elaborará el director del Centro Nacional de Inteligencia, de evaluación de actividades, situación y grado de cumplimiento de los objetivos señalados para el período anterior».

Según semejante regulación, quien respondería políticamente por la actividad del Servicio sería su director, no el ministro de Defensa ni el Gobierno.

Esa solución es inadmisibles como modelo de control parlamentario de un Servicio de Inteligencia y Seguridad, pues es rechazable tanto desde el punto de vista jurídico como político aceptar que el Gobierno se pueda mantener al margen de las actividades que desarrollen los organismos públicos relativas a la defensa nacional y más aún cuando tales actividades implican en muchos casos la limitación de los derechos de los ciudadanos reconocidos por la Constitución.

### C) CONTENIDO DEL CONTROL PARLAMENTARIO

Como ya señalamos, el control parlamentario debería dirigirse a comprobar que el servicio de inteligencia se limita a realizar las actividades que le exigen el cumplimiento de sus objetivos que, a su vez, deben ser concordantes a las funciones previstas en la ley. Además, que tales actividades las realiza de acuerdo con los principios y normas que rigen su actuación. Tales criterios parecen estar recogidos adecuadamente en la ley, pero es necesario observar al respecto que:

- a) La ley parece establecer como base del control parlamentario el informe anual que el director del Centro Nacional de Inteligencia debe dirigir a la Comisión, evaluando sus actividades y el grado de cumplimiento de los objetivos señalados para el período anterior. Ahora bien, parece que el grado de cumplimiento de los objetivos; es decir, el control de la efectividad del servicio no es tarea prioritaria para la Comisión, sino para el Gobierno. Al Parlamento, por el contrario, le incumbe la función de comprobar que el servicio no se desvía de los principios y de los objetivos que le han asignado.
- b) Dado que el Centro tiene la posibilidad de llevar a cabo investigaciones que pueden limitar derechos individuales, hubiera sido también muy oportuno que el informe anual se refiriera específicamente a la forma en que se han utilizado esos procedimientos de investigación, sobre todo y como luego veremos, el sistema de control judicial que aparece regulado en la L.O. 2/2002, de 6 de mayo, resulta muy insuficiente, ya que se limita a establecer una autorización previa, sin que contenga previsión alguna respecto de

las fases de ejecución de las intervenciones y de la destrucción de las informaciones obtenidas que no guarden relación con el objeto y los fines para los que fueron autorizados por el magistrado designado al efecto.

### 3.3. CONTROL EXTERNO. EL CONTROL JUDICIAL

El control judicial previo de la actividad del Centro Nacional de Inteligencia, se aplica para garantizar que el empleo de métodos de investigación que puedan originar restricciones o vulneración de los derechos individuales garantizados en el art. 18 de la Constitución solo puedan realizarse en los casos en que se encuentre completamente justificado por razones de Seguridad nacional y, además, se minimice la restricción de esos mismos derechos. Se regula en la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, que se dicta con carácter complementario a la ley constitutiva del Servicio, según establece su art. 12.

El texto incluye tanto el procedimiento para solicitar y obtener autorización previa de un magistrado *ad hoc*, como una modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al que autoriza para designar a un miembro del Tribunal Supremo competente para analizar las peticiones y conceder la autorización de las actividades puedan afectar a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, así como la designación de otro magistrado que lo sustituya en caso de ausencia.

Antes de analizar esta forma de control externo de las actividades del Centro, parece claro y así hay que señalarlo, que el hecho de solicitar y obtener la autorización judicial a la que nos referimos solo puede afectar a los Servicios de Seguridad y que resulta muy improbable, por no decir casi imposible, imaginar que pueda existir una actuación de un Servicio de Inteligencia que requiera de estos medios y que pueda ser afectado por este tipo de control externo.

El planteamiento de la ley supone una solución que resulta insólita en nuestro derecho, pues prescinde del procedimiento judicial penal como marco necesario para la autorización de aquellas medidas de investigación sobre actividades peligrosas para la Seguridad y la Defensa del Estado, que puedan afectar a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones.

### **3.3.1. Situación actual de la cuestión en nuestro ordenamiento jurídico. Las medidas solo pueden adoptarse en un procedimiento penal**

En efecto, hasta el momento, la regulación de las medidas de investigación sobre cualquier actividad delictiva (afecte o no a la seguridad y defensa nacional), se contenía en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, a través del proceso penal, que establece reglas para su esclarecimiento y sanción. En el caso en que dichas medidas afectasen a derechos fundamentales de la persona (la libertad, la inviolabilidad de domicilio, el secreto de las comunicaciones), correspondía al juez de instrucción al adoptar las medidas necesarias para garantizar que tales actuaciones se adoptasen de forma adecuada y proporcionada a la gravedad de la infracción investigada y con las necesarias garantías para que pudiesen ser utilizadas como prueba en el correspondiente procedimiento penal.

Cierto que, en los casos de delincuencia de extraordinaria gravedad, como sucede con el narcotráfico y el terrorismo, se hizo patente la necesidad de adoptar medidas especiales, que suponían excepciones a las normas de la Ley de Enjuiciamiento. Así, la Constitución, en su art. 55.2, contempló la posibilidad de restringir en estos casos los derechos fundamentales, autorizando a establecer, mediante ley orgánica, las condiciones para limitarlos de forma individual, con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario. Pero la Ley Orgánica 4/1988, de 25 mayo, que desarrolla aquel precepto, no altera el hecho de que tales medidas excepcionales tienen el mismo fin que las previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal; esto es, investigar los delitos y poner a sus responsables de disposición de la Justicia en el marco de un procedimiento judicial penal.

Este es, también, el criterio seguido por la jurisprudencia que, además de insistir en la necesidad de que se acuerden en el marco de un procedimiento penal específico, destacan que las citadas medidas solo podrán ser utilizadas como prueba en el proceso cuando alcancen unos requisitos de certeza y credibilidad que únicamente pueden derivarse del estricto cumplimiento de las normas procesales. De todo ello se desprende que, hasta el momento, en nuestro ordenamiento (y salvo las excepciones que se derivan del citado art. 55.2 de la Constitución, desarrollado por la Ley Orgánica 4/1988), las medidas que supongan una limitación de los derechos individuales solo se pueden acordar en el marco de un proceso penal.

### **3.3.2. Nuevo marco legal que incorpora la ley orgánica**

La Ley Orgánica reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia propone ahora a una solución extraordinaria, fuera del cauce de la Ley de Enjuiciamiento criminal, pues autoriza a un Servicio de Seguridad a realizar actividades que impliquen intromisión en los derechos fundamentales cuando actúe en el ámbito de sus funciones, sea para alcanzar los objetivos que le hayan sido fijados en la Directiva de Inteligencia, debiendo someterse a la previa autorización judicial, lo que supone justificar la necesidad de emplearlo.

De esta manera, la ley introduce forzosamente en el ordenamiento un esquema que es más propio del derecho anglosajón, que tradicionalmente ha distinguido los conceptos de «Cumplimiento forzado de la ley» (*law enforcement*) y de «Seguridad». La primera de esas funciones comprende la tarea de perseguir los delitos a través del procedimiento penal y que está encomendada a las autoridades judiciales y a las fuerzas de policía. Con los procedimientos de «Seguridad» se alude a un conjunto de actuaciones preventivas, que no tienen necesariamente como finalidad obtener pruebas y evidencias para presentarlas en un proceso, sino que se orientan a la obtención de informaciones para evaluar una posible amenaza contra la seguridad o la defensa nacional y que sirven a las autoridades gubernativas para decidir las posibles medidas que minimicen o anulen tal amenaza aunque, si se estima oportuno, no excluyen la utilización de la vía jurisdiccional. Se trata, pues, de una pura actividad de información, sin finalidad procesal y que exige la autorización judicial previa cuando se trate de limitar los derechos fundamentales.

Hay que destacar, como característica típica de este modelo, que el concepto de Seguridad Nacional aparece como criterio legitimador de las actividades de los Servicios, junto al tradicional de la «prevención del delito», para fundamentar la posible adopción de medidas que impliquen una intromisión en la libertad, la inviolabilidad del domicilio y en las comunicaciones, a diferencia de lo que sucede en nuestro derecho procesal penal que, como hemos señalado, solo prevé el uso de medios que impliquen una limitación de los derechos individuales con las investigaciones para descubrir los delitos y la detención de sus autores.

La regulación del procedimiento de control se contiene en la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, cuyo artículo único señala la forma para llevarlo a cabo:

- a) La solicitud para realizar actividades de investigación que afecten tanto a la inviolabilidad del domicilio como al secreto de las

comunicaciones deberá realizarse, con el requisito previo de que sean necesarias para el cumplimiento de las funciones que tiene asignadas, a través de un escrito del director del Centro, dirigido al magistrado designado para autorizarlas y deberá contener:

- Especificación de las medidas que se solicitan.
  - Los hechos en que se apoya la solicitud, fines que la motivan y razones que aconsejan la adopción de las medidas solicitadas.
  - La concreta identificación de la persona o personas afectadas por las medidas, si fueren conocidas y designación del lugar donde hayan de practicarse.
  - La duración de las medidas solicitadas, que no podrá exceder de veinticuatro horas en el caso de registros domiciliarios y de tres meses para la intervención de las comunicaciones postales, telegráficas, telefónicas o de cualquier otra índole. Dichos plazos podrán ser prorrogados por sucesivos períodos iguales en caso de necesidad, pero será necesaria una nueva solicitud de prórroga en la que se justifiquen los motivos que la provocan.
- b) La correspondiente resolución judicial se emitirá por el magistrado competente y deberá ser motivada. Deberá dictarse en el plazo improrrogable de setenta y dos horas y concederá o denegará la autorización solicitada. Dicho plazo se reducirá a veinticuatro horas, cuando existan motivos de urgencia debidamente justificados en la solicitud.

Como sucede con las solicitudes de prórroga, la urgencia habrá de ser justificada, en la propia solicitud o en una solicitud posterior, en los mismos términos que se exigen para la primera solicitud de autorización.

El magistrado autorizante dispondrá lo procedente para salvaguardar la reserva de sus actuaciones, que tendrán la clasificación de secreto, lo que implica que no se notifica la intervención al afectado por las medidas.

- c) Por último, el director del Servicio asumirá la obligación de ordenar que el material obtenido que no guarde relación con el objeto o los fines de la investigación que se haya autorizado sea inmediatamente destruido.

Claro que la ley reguladora de la autorización judicial previa no incluye otras vías de posibles actuaciones que pudieran restringir derechos individuales, como la utilización de dispositivos de grabación de imágenes o sonidos, o el uso de medios telemáticos para esos mismos fines, lo que

supone (al no ser contempladas por la L.O. 2/2002) que quedan al margen de una posible autorización judicial del magistrado *ad hoc*.

Algunos estiman que en estos casos tendría que acudir a la normativa común; es decir, a la Ley Orgánica 4/1997, de 4 agosto, que regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Pero ello sería incompatible con la función y con las necesidades de un Servicio de Seguridad, ya que, en este caso, habrían de aplicarse las disposiciones de la citada ley, que exigen la entrega de las cintas o grabaciones obtenidas, con carácter inmediato, a la Autoridad judicial.

### 3.3.3. CRÍTICA DE LA LEY EN ESTE PUNTO

La regulación que se contiene en la Ley Orgánica 2/2002 que, como hemos dicho, incorpora un nuevo enfoque ajeno a los principios que inspiran nuestro ordenamiento jurídico, es fuente de importantes problemas que no pueden ser ignorados. En efecto, las actividades cuya investigación se encomiendan a un Servicio de Seguridad normalmente constituyen también delitos incluidos en el Código Penal. Y, precisamente, esta situación puede ser causa de anomalías, pues el derecho a castigar (*ius puniendi*) no es solo un derecho del Estado, sino también un deber, que le viene impuesto por la exigencia de tutelar el orden jurídico, lo que implica la obligación de asegurar el respeto a la ley y la salvaguardia de los bienes jurídicos, cuya tutela es la razón de su misma existencia.

El ejercicio del derecho a castigar no se rige por criterios de oportunidad, sino por criterios de legalidad, lo que implica que el Estado no puede abstenerse de castigar a quien comete un delito. No puede subordinar la tutela de los bienes jurídicos protegidos en el Código Penal a cualesquiera otras consideraciones, ya que ostenta el monopolio de la violencia legítima y ello le otorga su legitimidad. En consecuencia, una solución como la propuesta en la ley podría encontrar algunas dificultades de aplicación en el marco de un ordenamiento jurídico que, como hemos visto, está inspirado en principios distintos y orientado en una dirección poco acorde con la solución que se propone.

#### A) EN RELACIÓN CON EL MAGISTRADO AUTORIZANTE

Nuestro ordenamiento jurídico impone a determinadas personas la inexcusable obligación de promover la persecución de los delitos de los que tengan conocimiento por razón de su cargo. El incumplimiento de esa obligación, da lugar a la comisión del delito de omisión del deber de per-

seguirlos del art. 408 del Código Penal. Como hemos dicho, el principio que inspira esta norma es el deber que asume el Estado de tutelar el orden jurídico y que se encomienda a las autoridades o los funcionarios públicos encargados de la persecución de los delitos. Ya vimos al principio que para resolver el dilema que se planteaba en las investigaciones sobre actividades de espionaje, se ensayó en nuestra legislación penal militar la solución de suspender o aplazar la obligación de instruir el procedimiento penal, con la modificación de los Códigos de Justicia Militar y de la Marina de Guerra mediante la Ley de 26 de julio de 1935.

Ya entonces se avanzó la idea de que la seguridad o la defensa constituyen un motivo que justifica la adopción de medidas excepcionales, que pueden suspender el cumplimiento de la obligación legal que se impone a las autoridades y sus agentes de denunciar los posibles actos delictivos y poner en marcha el proceso penal. La solución que ahora contiene la ley es inédita. Pretende acomodarse formalmente al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (que exige que una medida que implique una limitación de los derechos individuales debe ser necesaria para preservar la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar del país, la defensa del orden y la protección de los derechos y libertades públicas), pero limita el control judicial a una mera autorización previa, que no tiene continuidad ni en el momento en que se ejecuta la medida, ni en su fase posterior de la eliminación del material obtenido que no guarde relación con el objeto de la investigación. No se trata de un verdadero y completo control judicial, como el que se contiene en la Ley de Enjuiciamiento criminal, que se extiende a todas las fases, desde la autorización, la ejecución de la medida y, finalmente, a la gestión final de sus resultados.

Claro que la actual regulación consigue la finalidad que seguramente perseguía, la de evitar completamente cualquier riesgo al magistrado autorizante respecto de la posibilidad de cometer el delito del art. 408 del Código Penal pues, como hemos visto, su intervención se limita a autorizar unas medidas limitativas de los derechos a los que se refiere el art. 18.2 y 3 de la Constitución y a disponer lo procedente para preservar la reserva, pero no tiene ninguna intervención posterior, lo que le evita obtener conocimiento alguno de posibles hechos delictivos que le obligarían a denunciarlos o iniciar un procedimiento penal. Es, pues, una solución que no consigue el propósito de establecer un control de las actividades del Servicio por parte de un órgano independiente, como es el Poder Judicial.

Las bases mínimas de este control fueron enunciadas desde hace tiempo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 6 de septiembre de 1978, en el caso de Gerhard Klass y otros contra Alemania

que, precisamente, hubo de juzgar en una situación como la que se plantea ahora en nuestra legislación.

En efecto, la ley alemana conocida como Ley del G10, aprobada el 13 de agosto de 1968, autorizaba la posibilidad de intervenir las comunicaciones postales y telefónicas para proteger el orden democrático o la seguridad de la Federación o cualquiera de los *Land* que la integran. La medida había de ser autorizada por un magistrado, a solicitud de las autoridades y debía ser controlada en las siguientes fases de ejecución y de gestión final por «un funcionario con las calificaciones requeridas para acceder a la magistratura», el cual debía controlar que la resolución judicial se ejecutaba dentro de los límites fijados en la ley y conforme al tenor de la resolución judicial que hubiera autorizado la intervención. Además, entregaba los resultados a los servicios competentes y destruía aquellos que no tuvieran relación con los fines y objetivos de las medidas acordadas.

Como puede observarse, se trata de una solución similar a la contenida en nuestra L.O. 2/2002, salvo en la presencia de un funcionario en sustitución del juez o magistrado autorizante.

Pues bien, recurrida la medida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se dictó la citada sentencia de 1978 que, en síntesis, concluyó que no basta con un control ejercido por un funcionario, sino que una injerencia en los derechos individuales debe ser sometida preferentemente a un control judicial, que ofrece las mejores garantías de independencia, imparcialidad y regularidad en el procedimiento. Sin embargo, vista la naturaleza del control y de las otras salvaguardas previstas en la ley, «la exclusión del control judicial no transgrede los límites que necesariamente han de predominar en una sociedad democrática» si existen otros organismos que sean independientes de las autoridades que realizan la vigilancia, como era el caso del Comité de cinco parlamentarios designados por el *Bundestag* y de la propia Comisión del G10 que, a juicio del Tribunal, eran suficientes para ejercer un control eficaz y permanente.

En resumen, puede concluirse que el sistema incorporado a nuestro ordenamiento por la L.O. 2/2002, de 6 de mayo, no se acomoda a la doctrina ni a los criterios contenidos en la sentencia que hemos examinado, pues no prevé control judicial (ni de otra clase), ni en la fase de ejecución de la intervención ni a la finalización de la misma.

## B) EN RELACIÓN CON LOS MIEMBROS DEL SERVICIO

El director del Centro tiene asignada la responsabilidad de ordenar que sean destruidos los materiales obtenidos en la intervención aprobada por el magistrado *ad hoc* que no guarden relación con el objeto o los fines de

la misma, como señala el apartado 4 del artículo único de la L.O. 2/2002. Está, pues, encargado de gestionar la tercera y última fase de todo el proceso de las observaciones que se hubieran aprobado por dicho magistrado.

Como es lógico, tendrá conocimiento de su contenido, pues debe discernir cuál o cuáles de las informaciones que se hubieran obtenido guardan relación con el objeto y fines de la intervención. Por ello, tendría pleno conocimiento de los hechos que pudieran ser constitutivos de delito, aunque estaría plenamente cubierto frente a la posibilidad de incurrir en el delito tipificado en el art. 408 del código Penal, ya que no tiene la obligación de perseguir los delitos por razón de su cargo.

No existe duda que tiene la obligación de controlar las actividades de los miembros del Centro, que se encuentran bajo su autoridad, para asegurarse que las tareas de vigilancia intrusiva autorizadas por el magistrado del Tribunal Supremo se lleven a cabo dentro de los límites del mandamiento expedido por este y de acuerdo con los objetivos asignados al Centro. Pero está claro que se trata de un control de carácter interno y, al propio tiempo, no existe legalmente la posibilidad de someterle a un control judicial exterior respecto de estas dos obligaciones (asegurar la correcta ejecución del mandamiento judicial y destruir todos los materiales que no guarden relación con el objeto y fines de la autorización previa), salvo el control político que corresponde al Parlamento.

Respecto a los miembros del Centro, la Ley 11/2002, su reguladora, parece intuir el mismo problema y adopta la solución (art. 5.4) de privar a sus miembros de su posible carácter de «agentes de la autoridad», con excepción de los que desempeñen cometidos profesionales relacionados con la protección del personal del Centro y de sus instalaciones oficiales. Como consecuencia, quedan totalmente respecto al riesgo de cometer el delito del art. 408 del Código Penal, ya que no tienen la obligación de perseguirlos, por razón de su cargo.

En todo caso, cualquier extralimitación en la ejecución de un mandamiento que se hubiera otorgado por el magistrado *ad hoc* durante la fase de su ejecución, o en el período posterior, cuando hubiera que destruirse el material obtenido que no guardara relación con el objeto o los fines de la intervención, sería punible y habría de ser perseguido penalmente para su depuración y sanción. Y el mismo tratamiento habría de seguirse en caso de que la extralimitación se refiriera a la utilización de algún medio de investigación distinto del previsto en la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, como es el caso, que hemos señalado, de la utilización de videocámaras u otro sistema de grabación de sonidos en lugares públicos. Ya que al tratarse de procedimientos o medidas que afectan a los derechos fundamentales

solo pueden interpretarse las leyes con carácter estrictamente restringido y en este caso, se trata de medidas que no están incluidas en la L.O. 2/2002.

Parece evidente que el control judicial regulado en la Ley Orgánica 2/2002 no se extiende a todas las posibles fases que debería cubrir para resultar completa, independiente y eficaz; y resulta también claro que existen lagunas que deberían ser cubiertas para garantizar la protección de los derechos individuales que se pudieran ver afectados por la actividad investigadora. De hecho, ya se han puesto en marcha iniciativas políticas para incrementar los niveles de vigilancia tanto en el ámbito parlamentario como en el judicial, que se han plasmado en la Proposición de Ley presentada en el Congreso de los Diputados por el grupo parlamentario del PNV, el 18 de noviembre de 2022, que propone modificar la denominación de la L.O. 2/2002, pasando «Control judicial previo del CNI», a «Control Judicial del CNI», que propone aumentar a tres el número de magistrados *ad hoc* y que adiciona un apartado a su artículo único con la exigencia de que los magistrados autorizantes deberán ser informados por el director del Centro del grado de ejecución de cada mandamiento de intervención en el momento en que finalice la misma con el fin de que «puedan asegurarse de la adecuación a su contenido».

En cualquier caso, las lagunas que de hecho existen en la regulación del control judicial, se pueden obviar con la intervención de otros órganos externos e independientes del Ejecutivo, que puedan servir para garantizar una adecuada proporcionalidad en los medios empleados; una solución que admitió expresamente la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Klass, que comentamos en su momento y que, en nuestro caso, se ha puesto de manifiesto con la intervención del mecanismo de control Parlamentario para valorar la adecuación y las posibles extralimitaciones de ejecución de las autorizaciones previas concedidas. Prueba de ello es la sesión de la Comisión Parlamentaria de gastos reservados para analizar la regularidad de las intervenciones practicadas con autorización judicial a través del programa de observación Pegasus.

El problema es que no se trata de una intervención institucionalizada de control, con carácter periódico, en que el Ejecutivo rinda cuentas del resultado de las intervenciones que hayan sido previamente autorizadas por el magistrado, sino una iniciativa política ocasional, contingente y, por ello, no puede ser estimada como un sistema regular de control.



## **EL RÉGIMEN ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS: DE UN GLORIOSO PASADO A UN INCIERTO FUTURO**

Isabel María Romero Lucas  
*Teniente Coronel Auditor*  
*Doctora por la Universidad Rey Juan Carlos*

### *Resumen*

El Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas constituye uno de los tres Regímenes especiales de Seguridad Social de los funcionarios públicos que fueron creados por el legislador en los años setenta, manteniendo su tradicional estructura bicéfala constituida por dos mecanismos de cobertura: el régimen de clases pasivas y el mutualismo administrativo.

Los Regímenes especiales de funcionarios constituyen una asignatura pendiente en el proceso de racionalización y simplificación de nuestro Sistema de Seguridad Social iniciado a partir de los años ochenta, que persigue la integración de los Regímenes especiales en el Régimen general de la Seguridad Social. Por ello, en los últimos años se han dado pasos firmes en el proceso de convergencia de los Regímenes especiales de Seguridad Social de los funcionarios públicos hacia el Régimen General, como ha sido la integración de los funcionarios en dicho Régimen a efectos de pensiones y el traspaso de la gestión de las clases pasivas al INSS.

En el presente estudio se comienza recordando el pasado glorioso del sistema de protección castrense que explica su singularidad; se esboza su

evolución tras constituirse como Régimen especial de Seguridad social de las Fuerzas Armadas y se reflexiona sobre las consecuencias del ya inevitable proceso de convergencia e integración en el Régimen General de Seguridad Social.

## THE SPECIAL SOCIAL SECURITY REGIME OF THE ARMED FORCES: FROM A GLORIOUS PAST TO AN UNCERTAIN FUTURE

### *Abstract*

The Special Social Security Regime of the Armed Forces is one of the three special regimes for civil servants that were created by the legislator in the 1970s maintaining its traditional two-headed structure made up of two mechanisms of coverage: the regime of passive rights and the administrative mutualism.

The special social security regimes for civil servants are a pending issue in the process of rationalisation and simplification of our social security system, initiated from the 1980s, which aims to integrate the special regimes into the general regime. For this reason, important steps have been taken in recent years in the process of convergence of the special regimes of public servants into the general social security system, as has been the integration of civil servants in the general regime for pension purposes and the transfer of the management of the passive classes to the INSS.

This study begins by recalling the glorious past of the military protection system, which explains its uniqueness. It outlines its evolution after its incorporation in the Special Regime and the Social Security of the Armed Forces, and it reflects on the consequences of the already inevitable process of convergence and integration into the General Social Security System.

*Keywords:* Seguridad Social, Fuerzas Armadas, Pensiones, Clases Pasivas, ISFAS, Social Security System, Armed Forces, Pension, Passive Classes, ISFAS.

### *Sumario:*

1. Introducción. 2. El pasado glorioso de la protección social militar. 2.1. Consideraciones previas. 2.2. Las primeras pensiones de retiro y de incapacidad.

2.3. Las primeras pensiones de viudedad y orfandad: el Montepío Militar. 2.4. La evolución de la protección social militar durante el siglo XX: las Clases pasivas y las Mutualidades. 3. Los regímenes especiales de seguridad social de los funcionarios públicos en el sistema de seguridad social. 3.1. Creación. 3.2. Evolución. 3.3. Configuración actual. 4. El proceso de convergencia e integración de los regímenes especiales en el régimen general de seguridad social. 5. La asignatura pendiente: la convergencia de los regímenes especiales de seguridad social de los funcionarios públicos. 5.1. Consideraciones generales. 5.2. La integración en el RGSS de los funcionarios públicos a partir del 1 de enero de 2011. 3. El traspaso de competencias en la gestión de las pensiones de Clases pasivas al Ministerio de Inclusión, Seguridad social y Migraciones. 6. Reflexiones finales. 7. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

La estructura del sistema español de Seguridad Social se ha caracterizado, desde su instauración en los años sesenta, por su fragmentación, ya que, junto a una protección común o general, que constituye el Régimen General de la Seguridad Social (RGSS, en adelante), se establecieron unos mecanismos protectores englobados en lo que se conoce como Regímenes especiales que operaban respecto de unos colectivos profesionales diferenciados, entre los que figuran los funcionarios públicos.

Como es sabido, el surgimiento de los precoces sistemas de protección social de los funcionarios públicos obedece a causas complejas vinculadas a la posición jurídica y burocrática de los funcionarios, siempre cercana a las estructuras de poder. Dichos sistemas de protección estuvieron históricamente constituidos por mecanismos e instituciones de muy variada naturaleza cuyo origen se remonta, en el caso de los «hombres de armas», a la Baja Edad Media, siendo el colectivo militar pionero en esta materia, como se analizará en el siguiente epígrafe.

La evolución de la previsión social en nuestro país no cuestionó en lo esencial la pervivencia del vetusto, privilegiado y complejo sistema protector de los funcionarios públicos. Ya el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social, aprobado por Decreto 907/1966, de 21 de abril, por el que se instaura en España la Seguridad Social, reconoció el complejo y consolidado entramado asistencial que protegía a dos grandes colectivos de funcionarios públicos: de una parte, los funcionarios civiles y, de otra, los militares, policía armada y guardias civiles, admitiendo su diferenciación y tratando de justificarla por razón de la actividad desempeñada por dicho personal, pero exigiendo una cierta

protección homogénea de dichos colectivos, cuya regulación normativa se difería para un momento posterior mediante «Ley o Leyes especiales<sup>1</sup>».

Pero habrá que esperar hasta los años setenta para que se aborde la esperada regulación del sistema de protección social de los funcionarios públicos. Si bien, en lugar de crear un único Régimen especial de Seguridad Social que aglutinara a todo el colectivo de funcionarios, como parecía que era el propósito de la Ley de Bases, el legislador optó por constituir tres Regímenes especiales de Seguridad Social mediante tres leyes que, a su vez, crean tres grandes Mutualidades a las que se adscriben obligatoriamente cada uno de dichos colectivos: los funcionarios civiles a la Mutualidad de funcionarios civiles del Estado (MUFACE); los militares y guardias civiles, al Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS) y el personal al servicio de la Administración de Justicia, a la Mutualidad general de la Judicatura (MUGEJU)<sup>2</sup>.

La estructura diversificada del Sistema de Seguridad Social, entre Régimen General y Regímenes especiales de funcionarios, se mantuvo en los textos posteriores, hasta llegar al actual texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (LGSS/2015, en adelante), cuyo artículo 10 continúa justificando la existencia de regímenes especiales, entre otros, el de funcionarios públicos, civiles y militares, en «aquellas actividades profesionales en las que, por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos, se hiciera preciso tal establecimiento para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social».

Si bien reconoce que los regímenes funcionariales se regirán por «la Ley o Leyes específicas que se dicten al efecto», el mismo precepto pro-

---

<sup>1</sup> La remisión a una futura Ley especial que regulara el Régimen de Seguridad Social de los Funcionarios, también se contemplaba en la Ley 109/1963, de 20 de julio, de Bases de los Funcionarios Civiles del Estado, promulgada unos meses antes, en su Base Décima. 7 que disponía: «Se establecerá por Ley el Régimen de Seguridad Social de los Funcionarios». Y poco después lo confirmaba el texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero, que en su artículo 67.2 afirmaba: «El régimen de seguridad social de los funcionarios será el que se establezca por ley especial».

<sup>2</sup> Ley 28/1975, de 27 de junio, sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (*BOE*, 155, de 30 de junio de 1975), por la que se crea el Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas; Ley 29/1975, de 27 de junio, sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado (*BOE*, 155, de 30 de junio de 1975), por el que se crea el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado y el Real Decreto-Ley 16/1978, de 7 de junio, por el que se crea la Seguridad Social de los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia (*BOE*, 137, de 9 de junio de 1978).

clama el carácter referente de la ordenación general de la Seguridad Social «que permitan las disponibilidades financieras del sistema y las características de los distintos grupos afectados por dichos regímenes».

Los tres Regímenes Especiales de Seguridad Social de los Funcionarios públicos tienen una gran similitud entre ellos que se justifica porque su origen y evolución histórica ha sido pareja, e independiente, de la del sistema de protección del resto de los trabajadores. Realmente, aunque se crean tres Regímenes Especiales de Seguridad Social de los funcionarios públicos, lo cierto es que tiene en común el Régimen de Clases Pasivas que es igual a todos los funcionarios incluidos en su campo de aplicación y, por otra parte, es muy similar el articulado de las tres Leyes creadoras, siendo la mayoría de sus preceptos copia literal los unos de los otros. Todo ello llevó a que se dudase de que realmente existiesen tres Regímenes de protección de los funcionarios públicos, sino uno solo, e incluso se denunciase la innecesaria fragmentación normativa y la duplicidad de órganos gestores.

La gestión y acción protectora de cada uno de estos Regímenes Especiales de Seguridad Social de los funcionarios públicos, se ha ordenado desde su constitución, a través de tres mecanismos de cobertura distintos, independientes y compatibles entre sí, que se articulan a su vez sobre reglas específicas de gestión, financiación y acción protectora, de la siguiente manera<sup>3</sup>:

- a) Un sistema común que reconoce y garantiza pensiones vitalicias de jubilación, invalidez, muerte y supervivencia, regulado por el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril (TRLRPE, en adelante).
- b) Un sistema de Mutualismo Administrativo, independiente para cada uno de los tres colectivos de funcionarios que lo integran y que reconoce prestaciones de asistencia sanitaria; las prestaciones económicas por incapacidad transitoria para el servicio; prestaciones económicas y recuperadoras, en su caso, por inutilidad para el servicio; prestaciones de asistencia social y servicios sociales. Es gestionado por tres grandes entidades mutualistas independientes, regidas por su propia normativa, en la actualidad: MUFACE, cuyo régimen jurídico se recoge en el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los funcionarios civiles del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio y el Real De-

---

<sup>3</sup> Algunos autores lo califican de estructura tripartita. *Vid.* Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J. L. (2002). *Instituciones de la Seguridad Social*. Madrid, Civitas.

creto 375/2003, de marzo, que lo desarrolla; el ISFAS, regulado por la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio y por su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 1726/2007, de 21 de diciembre; y la MUGEJU, cuyo régimen jurídico lo desarrolla el Real Decreto Legislativo 3/2000, de 23 de junio y el Real Decreto 1026/2011, de 15 de julio.

- c) c) El de prestaciones de Ayuda o Asistencia Familiar, común a los tres Regímenes, que ilustra un proceso de convergencia o equiparación del nivel de protección de los funcionarios públicos incluidos en dichos Regímenes especiales con el resto de los trabajadores integrados en el Sistema de Seguridad Social.

Ante la complejidad que se desprende de la regulación normativa de estos Regímenes especiales, se ha venido demandando desde hace mucho tiempo por la doctrina una mayor homogeneidad en el sistema de protección social de los funcionarios. A este respecto, algún sector de la doctrina ha señalado que hubiera sido más acertado mantener o crear *ex novo* un único sistema mutualista para todos los funcionarios públicos de la Administración General del Estado, que acogiera a los tres colectivos, además del tronco común del Régimen de Clases Pasivas<sup>4</sup>.

No cabe duda de que los Regímenes de Seguridad Social de los funcionarios públicos, se han considerado siempre un mundo aparte, no solo en relación con los trabajadores del sector privado, sino incluso con respecto a los colectivos de funcionarios que, desde los años ochenta, se fueron integrando en el RGSS, como los de la Administración Local o de las Comunidades Autónomas, o los que ya lo estaban, como el personal estatutario, los funcionarios de la Seguridad Social o los propios trabajadores del sector público. Por ello han permanecido siempre al margen de los debates sobre viabilidad del Sistema de Seguridad Social que arranca de los Pactos de Toledo. Ni las Recomendaciones 4.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup>, ni los Acuerdos de 1996 y de 2001 sobre convergencia de los regímenes de Seguridad Social y la tendencia hacia la simplificación y racionalización de la estructura del sistema de Seguridad Social, mencionan a los Regímenes especiales de funcionarios.

Todo ello ha determinado, que la doctrina mayoritaria considere que los regímenes de protección social funcionariales, sean una asignatura pendiente y se haya venido reclamando la necesidad de dar pasos firmes en el proceso de convergencia gradual de dichos regímenes especiales hacia un

---

<sup>4</sup> Gorell Hernández, J. *et al.* (2014). *Lecciones de Seguridad Social*. 4<sup>a</sup> ed. Madrid, Tecnos., p. 406.

gran régimen general de Seguridad Social, considerando como premisa ineludible su inclusión en la dinámica de la reforma de las pensiones y de su instrumento político-social fundamental: el Pacto de Toledo y sus sucesivas Revisiones.

En este proceso de convergencia e integración de los Regímenes especiales de funcionarios con el Régimen general, hemos asistido en los últimos años a un importantísimo avance al incorporar a este colectivo en dicho Régimen, al menos en materia de pensiones. Así se acordó en el artículo 20 del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y, liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, que ordenó la integración de los funcionarios de nuevo ingreso en el RGSS, a partir del 1 de enero de 2011, si bien a los exclusivos efectos de las pensiones, manteniéndose la acción protectora gestionada por las actuales Mutualidades de funcionarios<sup>5</sup>.

El citado precepto fue derogado por la disposición derogatoria única 20 de la LGSS reconociéndose idéntica previsión legal, en su disposición adicional tercera, así como en su artículo 136.2 que incluye al personal funcionario al servicio de las Administraciones públicas y de las entidades y organismos vinculados o dependientes de ellas, *dentro del campo de aplicación del Régimen general, salvo que estén incluidos en el Régimen de Clases Pasivas*.

Por tanto, podemos decir que en la actualidad nos encontramos ante un sistema mixto de protección social de los funcionarios públicos compuesto por dos mecanismos de cobertura: de una parte, el que otorga pensiones y cubre los riesgos derivados de la edad, incapacidad, muerte y supervivencia y que está constituido, según la fecha de ingreso del funcionario en la función pública, por el Régimen de Clases pasivas (que se ha declarado a extinguir) y por el Régimen General de Seguridad Social (en el caso de los ingresados a partir del 1 de enero de 2011); y de otra, el que otorga la tradicional protección mutualista, constituido por las tres Mutualidades de funcionarios antes enunciadas.

Tal decisión ha supuesto de facto la extinción de uno de los tradicionales sistemas mecanismos de cobertura de los Regímenes especiales de

---

<sup>5</sup> El apartado 1 de dicho precepto establecía: «1. Con efectos de 1 de enero de 2011 y vigencia indefinida, el personal que se relaciona en el artículo 2.1 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, excepción hecha del comprendido en la letra i), estará obligatoriamente incluido, a los exclusivos efectos de lo dispuesto en dicha norma y en sus disposiciones de desarrollo, en el Régimen General de la Seguridad Social siempre que el acceso a la condición de que se trate se produzca a partir de aquella fecha».

funcionarios, el Régimen de Clases pasivas, lo que genera serias dudas acerca de la supervivencia del Mutualismo administrativo y, por ende, de los Regímenes especiales de Seguridad social de los funcionarios públicos. A ello hay que añadir el reciente traspaso de la gestión de las pensiones de Clases Pasivas al INSS efectuado mediante el Real Decreto-Ley 15/2020, de 21 de abril, en pleno estado de alarma y posteriormente confirmado por la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el 2022. En el caso del personal del Régimen especial de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas hasta entonces la gestión de las Clases pasivas militares estaba atribuido al Ministerio de Defensa, a través de la Dirección General de Personal.

Estas circunstancias han generado la lógica alarma y preocupación en los funcionarios respecto al mantenimiento de sus derechos pasivos. No obstante, como se expondrá a lo largo del presente estudio, el cambio en la gestión de las pensiones de los funcionarios al nuevo Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, no ha afectado directamente a las pensiones, sino únicamente al órgano encargado de su gestión. No se han modificado ninguna de las prestaciones del régimen que se declara a extinguir, ni se han alterado sus requisitos ni sus cuantías.

Es cierto que ello ha implicado una reforma en la normativa de las clases pasivas, pero dichos cambios son en síntesis reformas técnicas dirigidas a aclarar el nuevo órgano gestor de las prestaciones, sin que haya supuesto la integración del Régimen de Clases Pasivas en el RGSS.

Por otra parte, la declaración de extinción formal de uno de los dos históricos mecanismos de cobertura de los Regímenes especiales de Seguridad social de los funcionarios, ha reactivado con más fuerza el debate acerca de la justificación de la supervivencia del Mutualismo administrativo, sobre todo teniendo en cuenta que únicamente otorga protección a un pequeño colectivo de funcionarios.

Pero antes de analizar la situación actual del Régimen especial de Seguridad social de las Fuerzas Armadas y cuestionarnos su supervivencia en un futuro cercano, merece la pena detenernos y echar la vista atrás para conocer, aunque sea brevemente, su precoz origen y su sorprendente evolución que ayuda a comprender su singularidad. Para ello, a continuación, esbozaremos los aspectos más destacados del pasado glorioso del sistema de protección social militar, del que el personal militar puede estar muy orgulloso, no solo por haber sido el primer colectivo asalariado en disponer de un seguro totalmente garantizado por el Estado y financiado por el erario público que protegía todos sus riesgos profesionales, sino por haber servido de modelo para la configuración del actual Sistema de Seguridad Social.

Y es que podemos afirmar que, a lo largo de la historia, la profesión militar ha servido de estímulo para el establecimiento de prestaciones e instituciones de protección social, que, varios siglos después, se extenderán al resto de la población y que, en muchas ocasiones, nacerán como reflejo, cuando no a imitación, de las reconocidas a los hombres de armas mucho tiempo atrás. Pues como ya afirmara el ilustre profesor Luis Jordana de Pozas (1951), «siempre y en todas partes las clases pasivas militares preceden a las civiles».

## 2. EL GLORIOSO PASADO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL MILITAR

### 2.1. CONSIDERACIONES PREVIAS

No cabe duda que los profesionales de la milicia siempre han estado expuestos, por las singulares características de peligro en que desenvuelven su actividad, a mayores riesgos que pueden afectar a su integridad física e incluso poner en peligro su propia vida. Tales circunstancias y su siempre cercana posición a las estructuras de poder, determinó que, desde la antigüedad, los poderes públicos prestasen mayor atención a este colectivo, reconociéndole, bien para compensarles por los peligros asumidos y sus lesivas consecuencias; bien para servirles de estímulo y elevar su moral, derechos y prestaciones sociales que les otorgaba una amplia protección frente a los riesgos derivados de la edad, enfermedad, muerte y supervivencia.

La doctrina actual coincide en considerar que no puede hablarse de lo que hoy conocemos como «Previsión social» y que después derivará en el moderno concepto de «Seguridad Social», sino hasta los albores del siglo XX. Es en este siglo donde aparece íntimamente ligado a los principios solidarios propios del Estado social que se fue consagrando en las constituciones europeas, fruto de la transformación gradual de los principios individualistas propios del Estado liberal en los fundamentos del Estado social intervencionista<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> En este sentido, se pronuncian, Segura Graño, C. (2009). ¿Previsión social en la Edad Media? y Carasa P. De la cultura de la protección a la cultura de la previsión. En: *La previsión social en la historia*. Madrid, Siglo XXI

Efectivamente, la previsión contemporánea tiene su origen, por un lado, en el intervencionismo estatal en política social, en lo que desde el siglo XIX se denominó reformismo social, que es el que le dota de naturaleza pública y de otra, en el debate sobre la cuestión social y en la conformación sindical del movimiento obrero que la vincula con el mundo del trabajo. Características de la cultura preventiva son su carácter público y contributivo, además de su condición de derecho adquirido del trabajador y de obligación asumida por el Estado. Pero esta condición no se fijará hasta 1919, cuando los seguros de previsión se convirtieron en obligatorios e incluyeron una aportación del asegurado, surgiendo entonces la verdadera previsión social pública y estatal.

No obstante, en el caso de los profesionales de la milicia, la «previsión social» entendida como reconocimiento por el Estado de determinados derechos y prestaciones sociales en favor de los militares y sus familias, con cargo al erario público, si bien en su origen, con carácter excepcional, graciable e individualizado, se adelantará en varios siglos al establecimiento de mecanismos e instituciones protectoras semejantes para la población civil<sup>7</sup>.

Así, fueron pioneros en el reconocimiento de indemnizaciones por lesiones sufridas en acto de servicio (siglo XIII), de pensiones de retiro por edad y por incapacidad (siglo XVII), así como de pensiones de viudedad y de orfandad a sus familiares (siglo XVIII). Sin olvidar la protección de la salud que los hombres de armas tuvieron reconocida desde la aparición de los primeros Ejércitos permanentes en el siglo XV y que se extendió a sus familiares ya en el siglo XIX, pudiendo disfrutar de excelentes hospitales militares y de los servicios de los facultativos del Cuerpo Militar de Sanidad. Y es que los militares fueron el primer colectivo en tener asegurada su salud varios siglos antes de que se reconociera con carácter general el derecho a la prestación de asistencia sanitaria al resto de la población tras la instauración en nuestro país de la Seguridad Social.

## 2.2. LAS PRIMERAS INDEMNIZACIONES Y PENSIONES DE RETIRO Y DE INCAPACIDAD

Desde la Baja Edad Media, los reyes aragoneses y castellanos y también los primeros monarcas de la Casa de Austria, promulgaron las prime-

---

<sup>7</sup> Un estudio completo acerca del origen y la evolución histórica de la previsión social militar se encuentra en Romero Lucas, I. M.. (2022). *La previsión social militar: origen y evolución*. Madrid, BOE.

ras medidas dirigidas a velar por la salud de los hombres que defendían sus intereses con las armas, así como a proteger su vejez e invalidez y asistir a sus supervivientes. No obstante, no pasaron de ser concesiones de carácter graciable, individualizado y excepcional.

Será Alfonso X el Sabio, en Las Partidas, el primer monarca en reconocer en un texto legal el derecho del combatiente, de sus supervivientes y consiguiente obligación de la Corona, a ser indemnizado cuando resultase herido o mutilado, falleciese o fuese hecho prisionero<sup>8</sup>. El reconocimiento de este embrionario seguro que pretende amparar al soldado y a su familia en el caso de perder la salud, la vida o la libertad es claro exponente de la precocidad de la acción social en el ámbito castrense que se adelantará en varios siglos a la implantación del primer seguro de enfermedad para el resto de los trabajadores y al reconocimiento del derecho una indemnización por las lesiones sufridas por accidentes laborales para los trabajadores por cuenta ajena implantado por la famosa Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900, norma que marca el inicio de la previsión social en España.

El reconocimiento por la Corona de este derecho responde al principio doctrinal de sustentar la moral del combatiente, principio que inspirará los diversos mecanismos protectores que se reconocerán a partir de la Edad Moderna a los integrantes de los primeros ejércitos permanentes, justificando la conveniencia de reconocer unas básicas medidas de protección social con el fin de velar por la salud de los hombres de armas y compensarles por las lesiones sufridas en combate y que desde entonces se mantendrá en la normativa protectora de este colectivo.

A principios del siglo XVI, ante la organización del primer Ejército permanente, además de construirse los primeros hospitales militares donde se prestaba asistencia sanitaria a los integrantes de los ejércitos, los monarcas se plantearon la necesidad de amparar a los militares que por la vejez o las heridas quedaban inutilizados para el servicio de las armas. Así, Felipe II será el primer monarca en reconocer las primeras pensiones de retiro para los integrantes de las Guardas de Castilla (1555). También

---

<sup>8</sup> La Ley I del Título XXV de la II Partida definía las «enchas», esto es, las indemnizaciones a que tenía derecho el combatiente cuando resultase herido o mutilado, o fuese hecho prisionero como: «las enmiendas que los hombres han de recibir por los daños que reciben en las guerras». Y las justificaba señalando que «de estas enchas vienen muchos bienes, que hacen a los hombres haber mayor saber de codiciar los hechos de la guerra, no entendiendo que caerían en pobreza por los daños que en ella recibieron y otrosi de cometerlos de grado y herirlos más esforzadamente. Y tiran los pesares y las tristezas que son cosas que tienen gran daño a los corazones de los hombres que andan en guerra». Y, a continuación, señalaba las indemnizaciones asociadas a cada tipo de lesión.

se tiene constancia de la concesión de pensiones de retiro a supuestos de incapacidad permanente, pero de manera puntual y excepcional, provocada por hechos de armas especialmente relevantes. Estas concesiones, si bien, al principio con carácter individualizado y excepcional, dado el momento histórico en el que se alumbran, representan una auténtica revolución social, siendo el germen de las pensiones de retiro y de invalidez que reconocerán y regularán con carácter general a los hombres de armas los monarcas en los siguientes siglos.

Durante el siglo XVII, al descender el número de reclutas voluntarios y con la finalidad de estimular a posibles futuros integrantes de sus ejércitos ante la fuerte demanda de tropas que requerían las grandes guerras religiosas de este siglo, los monarcas de las grandes potencias europeas consideraron necesario proteger también su vejez, la invalidez y también, pero en menor medida, a sus supervivientes.

En este contexto y ante la necesidad de socorrer a los militares retirados por edad o enfermedad que se veían obligados a mendigar, así como a sus viudas, huérfanos y con la finalidad de atajar la alarmante escasez de hombres dispuestos a alistarse, Felipe IV reconocerá por primera vez con carácter general en un texto legal el derecho adquirido por cualquier militar «impedido por vejez, enfermedad o heridas» a percibir una pensión vitalicia, siempre que hubiese prestado dieciséis años de servicio activo o diez combatiendo ininterrumpidamente<sup>9</sup>. De esta manera, se sientan las bases del reconocimiento del derecho a las actuales pensiones de retiro por edad y por incapacidad, lo que teniendo en cuenta el momento de total desamparo laboral del resto de la población representa un hito histórico de enorme magnitud.

Los Borbones regularon las tasadas medidas de protección social que los Austrias habían concedido de manera graciable y puntual a los militares, e incluso a algunas viudas y huérfanos de militares. El afán por reglamentar minuciosamente todos los aspectos de la profesión militar, engendró una legislación tan garantista que el oficial del siglo XVIII terminará por considerar un derecho adquirido que el Estado le asegurase frente a la enfermedad, la vejez y la muerte<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Ordenanza General de 28 de junio de 1632. Art. 52. En: Portugues, J. A. (1764). *Colectión general de las Ordenanzas Militares, sus innovaciones y aditamentos*. T. L. Madrid, Imp. De Antonio Marín, pp. 66-123.

<sup>10</sup> En este sentido, se pronuncia Puell de la Villa, F. (2008). *Historia de la protección social militar (1265-1978)*. De la Ley de las Partidas al ISFAS. Madrid, Instituto Social de las Fuerzas Armadas, p. 57.

La trascendental Ordenanza General de 1728 de los hermanos Patiño, consagró definitivamente la distinción entre pensiones de invalidez por edad, cuya concesión dependía de haber prestado determinado tiempo de servicio y las concedidas por lesiones originadas en acto de servicio, debidamente certificadas por un facultativo<sup>11</sup>. El reconocimiento de tales derechos constituye indudablemente precedente del futuro derecho a la pensión de retiro y el de ser indemnizado por las lesiones sufridas durante el servicio de las armas. Unos años más tarde, las famosas Ordenanzas de 1768 de Carlos III ampliaron el derecho a disfrutar de una pensión de jubilación a cualquier sargento y soldado que habiendo prestado al menos dieciocho años de servicio se encontrase discapacitado «por su edad o achaques», importante precedente de la pensión de retiro por incapacidad<sup>12</sup>.

### 2.3. LAS PRIMERAS PENSIONES DE VIUEDAD Y ORFANDAD: EL MONTEPÍO MILITAR

A partir de mediados del siglo XVIII, mientras los trabajadores de la naciente industria se organizan en las Sociedades de Socorros Mutuos, en un principio prohibidas y perseguidas por el Estado, ese mismo Estado crea los denominados Montepíos oficiales, destinados a auxiliar a los funcionarios y a sus familias.

El primer montepío oficial que se crea durante el reinado de Carlos III, fue el Montepío Militar en 1761, con el objetivo de asistir a los familiares de los muchos oficiales fallecidos durante la Guerra de Sucesión. El Montepío Militar otorgaba pensiones de viudedad, orfandad y en favor de madre y se nutría de las aportaciones de los militares (solo oficiales y de empleo a partir de Capitán) y de la asignación de la Corona. La fundación del Montepío Militar representa el primer antecedente de previsión social en el sentido de intervención del Estado en la protección de determinados riesgos sociales, si bien, en principio limitado a determinados colectivos

---

<sup>11</sup> Ordenanzas para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de Infantería, Caballería y Dragones de los Ejércitos en Guarnición y en Campaña, 12 de julio de 1728, libro 3, título 16, arts. 1 y 12, *BCM*, Ordenanzas y Reglamentos, T. L., pp. 317-468.

<sup>12</sup> El texto de las Ordenanzas de 22 de octubre de 1768 se puede estudiar en Muñiz y Terrones, J. (1880). *Ordenanza de S. M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus Ejércitos. Anotadas e ilustradas por artículos con las Leyes, Decretos, Órdenes y Circulares expedidas y vigentes hasta la fecha de esta edición*. Madrid, R. Velasco Impresor. 4 tomos.

de funcionarios, siendo pionero, el colectivo militar y, además, constituye el germen del Sistema de Clases Pasivas del Estado<sup>13</sup>.

Pese a la constante ayuda de la Corona, la progresiva deficiente situación económica que arrastraron todos los Montepíos oficiales debido al excesivo coste de las pensiones que asumieron, desembocó irremediablemente en su absorción por el Estado. Así, en 1831, el Gobierno se incautó de sus fondos, comprometiéndose, a cambio, a asumir sus obligaciones. Esta decisión significó de manera irreversible el principio del fin de los sistemas e instituciones de protección social específicamente castrenses, que iniciaron a partir de ese momento un proceso de paulatina homologación con los reconocidos al resto de los empleados públicos.

La Ley de Presupuestos del Estado de 26 de mayo de 1835 constituye el origen del Régimen de Clases Pasivas del Estado, pues consagra el compromiso del Estado de abonar las pensiones, hasta el momento pagadas por los Montepíos oficiales, con cargo al Presupuesto del Estado. No obstante, no se produjo al mismo tiempo una regulación completa de las Clases Pasivas, sino que, pese a su extinción formal, continuaron aplicándose los Reglamentos de los Montepíos a efectos de determinar el derecho a las pensiones y los requisitos y cuantía de las mismas. Sin embargo, el Montepío Militar continuó subsistiendo de forma nominal nada menos que hasta 1926, cuando verá la luz el Estatuto de Clases Pasivas del Estado, que tras varios intentos infructuosos consiguió poner orden en el caótico sistema de derechos pasivos, civiles y militares.

El primer Estatuto de Clases Pasivas<sup>14</sup> configura las pensiones de los funcionarios como una obligación del Estado, pues se consideran como una parte del Estatuto del funcionario, una prolongación de su sueldo. Otorgaba al personal incluido en su ámbito de cobertura, funcionarios civiles y militares, pensiones ordinarias de jubilación o retiro forzoso, voluntario o por incapacidad permanente para el servicio, de viudedad, orfandad y a favor de madre viuda o soltera siempre que no existieran viuda ni huérfanos con derecho a pensión. Como novedad, el Estatuto introduce las pensiones extraordinarias de jubilación por incapacidad y a favor de familiares para los empleados civiles, cuando la inutilidad o fallecimiento hubiese ocurri-

---

<sup>13</sup> Siguiendo a Herráiz de Miota, C. (2005). Los Montepíos militares del siglo XVIII como origen del sistema de clases pasivas del Estado. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales. Economía y Sociología*. Madrid. 56, p. 178 y García de la Rasilla Ortega, M. C. (1987). El Montepío Militar. La asistencia social en el Ejército de la segunda mitad del siglo XVIII. *Revista de Historia Militar*. Madrid. 63.

<sup>14</sup> Estatuto de Clases Pasivas del Estado de 22 de octubre de 1926.

do en acto de servicio o como consecuencia del mismo, que hasta entonces solo se reconocían al personal militar.

Se consolida, de esta manera, el Régimen de Clases Pasivas como un sistema distinto y separado del régimen de protección social de los trabajadores por cuenta ajena, que evolucionará de forma diferente, marcado aquel por unos rasgos que le son propios: régimen que otorga exclusivamente pensiones, gestionado directamente por el Estado y que se financia con cargo a los Presupuestos del Estado, como un coste de personal más.

Aunque el sistema de clases pasivas, heredero directo del implantado para militares y marinos por Carlos III, perdió el carácter mutualista propio de los montepíos, conservó muchos de sus rasgos distintivos. Entre otros, la determinación de los derechos pasivos según el sueldo regulador y los años de servicio del funcionario público; la relación entre el descuento operado sobre las retribuciones de los funcionarios en activo y la cuantía de los haberes pasivos y la fijación del sueldo regulador en función de los ingresos normales o básicos del funcionario, reforzando su carácter de renta de sustitución y, por consiguiente, estableciendo una conexión directa entre ingresos efectivamente percibidos y cuantía de la pensión.

Además, la vinculación del texto del Estatuto de Clases Pasivas de 1926 con la precoz normativa de protección social de los militares, resulta patente en la redacción de los artículos que trataron de recoger y validar lo que a lo largo de los siglos precedentes los sucesivos monarcas les habían ido reconociendo. Ejemplos de ello es la pervivencia del castrense término «retiro», en lugar del de «jubilación» utilizado para el resto de los funcionarios; la posibilidad de solicitar el pase a esa situación por incapacidad física; el establecimiento de escalas de edad para el retiro forzoso de acuerdo con el empleo alcanzado; el mantenimiento de la paga de tocas reconocida a las viudas y la concesión del sueldo completo a los inutilizados en acción de guerra y accidentados en submarinos y aviones, extensivo a los prisioneros de guerra a causa de Annual y a las víctimas de los recientes conflictos sociales<sup>15</sup>.

#### 2.4. LA EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN SOCIAL MILITAR DURANTE EL SIGLO XX: LAS CLASES PASIVAS Y LAS MUTUALIDADES

Dada la amplitud de cobertura del consolidado sistema de protección de los riesgos sociales que, a principios del siglo XX, tenía reconocida el

---

<sup>15</sup> Siguiendo a Puell de la Villa, F. *Historia de la Protección Social Militar*, ob. cit., p. 184.

personal funcionario, siendo pionero como hemos visto el personal militar, se comprende que los reformadores sociales a la hora de diseñar los seguros sociales del resto de los trabajadores por cuenta ajena, tuvieran dicho sistema como modelo a seguir.

La progresiva implantación a partir de 1900 de los seguros sociales que comprometía al Estado a cubrir determinados riesgos de la población laboral más desfavorecida y la definitiva regulación y consolidación del sistema de derechos pasivos de los funcionarios públicos en 1926, contribuirán a que, a lo largo de la primera mitad del siglo XX, el entramado asistencial específicamente castrense vaya poco a poco perdiendo el marcado carácter privativo que lo había caracterizado en los siglos precedentes, entrando en clara decadencia.

Como consecuencia del amplio desarrollo que, desde los años treinta del siglo XX, tuvo la legislación de previsión social de los trabajadores, en los años cincuenta, estos disponían de un amplio cuadro de seguros sociales obligatorios bastante completo, unos Seguros Sociales Unificados, a partir del Decreto de 29 de diciembre de 1948, integrados por el SOVI, el SOE y los Subsidios Familiares, cuya gestión se llevaba a cabo por el Instituto Nacional de Previsión; un Seguro de Desempleo y un Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales gestionados por los propios empresarios a través de sus Mutuas Patronales<sup>16</sup>.

Si bien, en este momento histórico, el Régimen de clases pasivas daba cobertura a los mismos riesgos sociales que tenía cubiertos la clase trabajadora, con excepción de la asistencia sanitaria y farmacéutica, que únicamente tenía asegurada el colectivo militar y sus familiares a cargo, dada la escasez de mejoras introducidas en la protección social de los funcionarios públicos, desde la promulgación del Estatuto de Clases Pasivas de 1926, en comparación con el extraordinario progreso de la protección social de la clase trabajadora, a principios de los años sesenta, la doctrina empieza a hablar de «la sobrevenida inferioridad del funcionario público<sup>17</sup>».

---

<sup>16</sup> Sobre este proceso, *Vid.*, Alonso Olea, M. (1977). *Instituciones de la Seguridad Social*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos y Álvarez Roesete, A. (2009). *Elaborados con calma, ejecutados con prisa. El avance de los seguros sociales del Instituto Nacional de Previsión en España entre 1936 y 1950. La previsión social en la historia*. Madrid, Siglo XXI.

<sup>17</sup> Entre otros autores, Jordana de Pozas, L. (1951). *La seguridad social de los funcionarios públicos en España. Cuadernos de Política Social*. Madrid. 12, reconocía esa supuesta inferioridad de protección social de los funcionarios respecto de los trabajadores asalariados y planteaba la urgente necesidad de abordar «una revisión de las disposiciones vigentes sobre funcionarios, de la que deberá salir un Estatuto completo que atienda debidamente a los múltiples aspectos de la seguridad social en forma adecuada a la categoría y decoro propios de la función pública».

Es cierto que los funcionarios disponían de un estatuto jurídico que les garantizaba la estabilidad en el empleo y la percepción del sueldo, derecho a licencias, permisos, vacaciones pagadas, así como derechos pasivos en su propio favor y en el de sus familias en caso de fallecimiento, no obstante, se consideraban en una situación de franca desigualdad respecto a los trabajadores del sector laboral.

Desigualdad que resultaba evidente respecto a la protección de la enfermedad y del accidente de trabajo. En efecto, en cuanto a la enfermedad, el artículo 9.º de la Ley de 14 de diciembre de 1942, que implantó en España el Seguro Obligatorio de Enfermedad, excluyó de su ámbito de aplicación a los funcionarios públicos o de las Corporaciones, cuando «en virtud de disposiciones legales deban obtener beneficios iguales o superiores a los que concede esta Ley, tanto en prestaciones sanitarias como económicas, sometiéndose a las disposiciones que a tal efecto se dicten».

La misma exclusión se incluyó en la Ley de 18 de junio de 1942, que concedió los beneficios del Seguro de Maternidad a las esposas de los asegurados al Régimen Obligatorio de Subsidios Familiares, con cargo a los fondos de dicho Régimen, pues el artículo 2.º de la mencionada Ley, en su apartado a) establece que se exceptúan de los expresados beneficios a las esposas de los funcionarios y trabajadores del Estado, provincia y municipio y de aquellas entidades que, aun teniendo la condición de asegurados al Régimen, no contribuyen a su sostenimiento, hasta que por disposición general, o por concierto, se les otorguen tales beneficios.

Por otra parte, si bien todos los funcionarios disfrutaban de licencias por enfermedad retribuidas, carecían de asistencia sanitaria, situación que al no ser objeto de regulación normativa, se mantuvo hasta mediados de los años setenta. Únicamente, como hemos señalado, el personal militar y sus familiares que disfrutaban de los servicios de la Sanidad Militar, contaban con la asistencia quirúrgica y sanatorial, gratuita para los militares y con tarifa muy reducida para sus familiares.

La protección que ofrecía el Estatuto de Clases Pasivas equivalía al seguro de «Vejez, Invalidez y Muerte» y también a la protección de los Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, al reconocerles pensiones extraordinarias cuando la incapacidad o la muerte acaecida en acto de servicio o a consecuencia del mismo, aunque sin contener una regulación completa que abarcara todas las consecuencias del accidente.

Por otra parte, los empleados públicos, excluidos del régimen de Subsidios Familiares, disponían de su propio régimen de protección familiar: el régimen de Indemnización Familiar, por la Ley de 1 de abril de 1954, para el personal militar, y la Ayuda Familiar establecida por la Ley de 15 de julio de 1954

para los funcionarios civiles, que otorgaban un régimen de protección idéntico. Los funcionarios se encontraban también excluidos del Seguro Nacional de Desempleo, pero dada la estabilidad e inamovilidad que les proporcionaba su estatuto jurídico, para este colectivo el riesgo por paro forzoso era inexistente.

Con el transcurso del tiempo, la cuantía de las pensiones que otorgaba el régimen de clases pasivas fue reduciéndose debido a la definición de «sueldo regulador» al que se refería el Estatuto y a la evolución del sistema retributivo de este colectivo. En efecto, el sueldo regulador que tomaba como referencia el Estatuto era el que figurase con cargo a Personal en los presupuestos generales del Estado. Sin embargo, al haber quedado congelados los sueldos presupuestarios durante muchos años, aquel devino en una pequeña parte de las retribuciones que percibían los funcionarios.

El Estatuto de Clases Pasivas experimentó durante su vigencia sucesivas reformas de su articulado, a lo que hay que añadir la promulgación durante los años cincuenta y principios de los sesenta de importantes leyes complementarias sobre derechos pasivos que incidieron en el régimen de pensiones reconocidas en el Estatuto<sup>18</sup>.

La insuficiente protección otorgada por el Estatuto de Clases Pasivas, hace resurgir de nuevo el régimen complementario del Mutualismo Administrativo. Así, a principios de los años cuarenta asistimos a un fortalecimiento de las Mutualidades existentes y a la aparición de otras muchas amparadas en la Ley de Mutualidades, de 6 de diciembre de 1941 y de su Reglamento aprobado por Decreto de 26 de mayo de 1943, volviéndose, por imperativo legal, a la dualidad de cobertura característica del sistema protector de los funcionarios: Clases pasivas/Mutualismo, que persistirá y llegará hasta nuestros días.

### 3. LOS REGÍMENES ESPECIALES DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

#### 3.1. CREACIÓN

Con el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social, aprobado por Decreto 907/1966,

---

<sup>18</sup> La reforma más importante fue la llevada a cabo por la Ley 82/1961, de 23 de diciembre, sobre actualización de las pensiones de Clases Pasivas del Estado, que establece, por primera vez y para el futuro, la actualización de las pensiones, siendo la legislación de clases pasivas pionera en este aspecto.

de 21 de abril, (LSS, en adelante), se instaura en España la Seguridad Social como un sistema unitario y con tendencia a la racionalización y sistematización de los seguros sociales.

El sistema de Seguridad Social diseñado por la LSS implicaba la superación de los esquemas clásicos de previsión y seguros sociales y se asentaba en los principios de universalidad subjetiva, generalidad objetiva, igualdad y unidad protectora y solidaridad financiera. De la lectura de dichos principios parece deducirse una Seguridad Social asistencial, es decir aquella que pretende proteger a todos los ciudadanos frente a todas las circunstancias que generen necesidad, en situaciones de igualdad, sin atender a la causa productora del riesgo, unidad de gestión y solidaridad.

La consecución de la solidaridad implicaba la extensión de la cobertura, generalizando la protección a toda la población activa<sup>19</sup>. Pero nada más comenzar a elaborarse el proyecto de ley, se apreció que la existencia del consolidado sistema de derechos pasivos que cubría la vejez y supervivencia de los empleados públicos obligaba a dar un trato diferenciado a dos grandes colectivos: el de los funcionarios de la Administración Central y el integrado por militares, guardias civiles y policías armados. Además, dichos colectivos tenían parcialmente asegurada su salud, discapacidad, supervivencia, entre otros riesgos, a través de diferentes y complejos sistemas.

La solución fue contemplar la creación de sendos regímenes especiales que permitiese el mantenimiento de los derechos adquiridos por los empleados públicos. Por tanto, la LSS, lejos de suprimirlo, supuso la reafirmación y consolidación del régimen de protección social de los funcionarios públicos, así como de los dos mecanismos a través de los que otorgaba dicha protección: Derechos Pasivos/Mutualismo.

En el sistema de Seguridad Social instaurado por la Ley de Bases, los regímenes especiales se configuran como excepcionales e inevitables y, además, como transitorios, pues la intención del legislador era que, a medida que pudieran ir desapareciendo los obstáculos que justificaban su pervivencia, se fueran integrando en el Régimen General como sistema único de protección social. En este sentido, el artículo 10 de la LSS justificaba la existencia de los regímenes especiales para determinados colectivos, entre

---

<sup>19</sup> Así, el apartado II. 1 del Preámbulo señalaba: «Al estructurar un sistema de Seguridad Social, la Ley amplía su campo de aplicación, en el que quedarán encuadrados todos los españoles que reúnan las condiciones previstas en la base segunda, cualquiera que sea su actividad profesional».

los que se menciona a los funcionarios civiles y militares, diciendo que se regirían por Ley o Leyes especiales<sup>20</sup>.

En virtud del principio unificador de la Ley de Bases y de lo establecido en el artículo 10.5 de la LSS, se llevó a cabo la integración de numerosos Regímenes especiales en el Régimen General<sup>21</sup>. Por otra parte, paralelamente al desarrollo normativo del sistema de Seguridad Social y, con independencia de él, se produjeron avances en la regulación del antiguo sistema de protección social de los funcionarios públicos, pero manteniendo su estructura y fragmentación.

En este momento histórico, el sistema de protección social de los funcionarios públicos se articulaba a través de tres mecanismos distintos: el Estatuto de Clases Pasivas de 1926 y las sucesivas Leyes de Retribuciones y Derechos pasivos de funcionarios civiles y militares de los años 60 y 70, que reconocían pensiones de jubilación y por muerte y supervivencia<sup>22</sup>; las

---

<sup>20</sup> El artículo 7, letra f) del texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social, aprobado por Decreto 907/1966, de 21 de abril, contempla comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social a los «Funcionarios públicos, civiles y militares, en cualquier situación, en los términos que se señalen en la Ley o Leyes especiales a ellos referentes». A continuación, el artículo 10, tras referirse a los Regímenes Especiales para, entre otros colectivos, los «Funcionarios públicos, civiles y militares», establece en su apartado 5 que «El Gobierno, a propuesta del Ministro de Trabajo, dictará las normas reguladoras de los restantes Regímenes Especiales del número 2 de este artículo, determinando para cada uno de ellos: a) El campo de aplicación del Régimen Especial. b) El alcance de su acción protectora, las prestaciones y las condiciones que deberán reunir las personas incluidas en su campo de aplicación para tener derecho a las mismas. De acuerdo con las disponibilidades financieras del Sistema y las características del grupo afectado, se tenderá en dicha regulación a la paridad y homogeneidad con el Régimen General. c) Las especialidades propias de cada Régimen en orden a afiliación, cotización, recaudación, régimen económico-financiero, Entidades Gestoras y demás materias reguladas en la presente Ley, tendiendo siempre a la máxima homogeneidad posible con el Sistema y con el Régimen General de la Seguridad Social». Y añadía que dicha regulación «tenderá a la máxima homogeneidad posible con los principios del Régimen General regulado en el Título II».

<sup>21</sup> Muchos autores, ya desde la Ley de Bases de 1963, cuestionaron la justificación de la pervivencia de regímenes particulares de Seguridad Social que protegen a determinados colectivos, entre otros, Vida Soria, J. (1972). *Régimen General y Regímenes Especiales en el Sistema de la Seguridad Social Española. Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo*. Madrid. 3, p. 51, afirmaba que «si se parte de las actuales coordenadas de todo Régimen de Seguridad Social moderno, la justificación de regímenes particulares se deteriora, poniendo de manifiesto con absoluta claridad que su perpetuación obedece: o bien a un privilegio o exclusivismo de otro tipo que se logran conservar, por determinados grupos, o bien a una pura inercia burocrática que no es capaz de levantar su punto de mira. En el fondo, pues, la existencia de regímenes particulares refleja una debilidad del poder que no está en disposición de enfrentarse con el 'statu quo', o que, por razones ideológicas, no quiere hacerlo».

<sup>22</sup> Ley de Derechos Pasivos de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado, por Decreto 1120/1966, de 21 de abril. Ley 112/1966, de 28 de diciembre, sobre Derechos

Mutualidades que otorgaban prestaciones complementarias y que proliferaron ante la insuficiencia de los derechos pasivos y el sistema de Ayuda Familiar, que se regía por sus propias normas<sup>23</sup>.

La protección mutualista era otorgada por multitud de Mutualidades que complementaban la protección otorgada por el Régimen de Clases Pasivas, gravitando fundamentalmente sobre las pensiones, debido a que la razón de su creación había sido, precisamente, la insuficiencia de las pensiones de dicho Régimen. Así, concedían una doble protección al otorgar casi todas ellas pensiones de jubilación, viudedad y orfandad. Junto a estas, reconocían otras prestaciones e indemnizaciones de menor entidad, como ayuda económica por defunción, premios de natalidad o nupcialidad, préstamos para atender a gastos extraordinarios, anticipos, etc.

Pese al hecho de que las Mutualidades fueron creadas por el propio Estado para proteger a sus empleados y financiadas parcialmente por el mismo, existían las notables diferencias existentes entre ellas, no solo en cuanto a los riesgos protegidos y la calidad y cantidad de las prestaciones, sino también en el ámbito personal, existiendo incluso colectivos de funcionarios que no disfrutaban de protección mutualista. Así, existían Mutuas o Montepíos que únicamente concedían subsidios de defunción o pensiones de vejez, en tanto que otras cubrían todas las contingencias imaginables<sup>24</sup>. También existían diferencias en su financiación, siendo distintos los importes que estas recibían en los presupuestos generales del Estado<sup>25</sup>.

Para intentar paliar esta incomprensible e indeseable situación se adoptaron diversas medidas a nivel normativo<sup>26</sup>, pero no solucionaron la patente situación de desigualdad y fragmentación del sistema mutualista de los funcionarios y a principios de los años setenta se plantea con fuerza la

---

Pasivos del personal Militar y asimilado, Guardia Civil y Policía Armada, cuyo Preámbulo reconoce también su relación con la normativa reguladora de las retribuciones que se regulan de forma simultánea en la Ley 113/1966, de 28 de diciembre y el texto refundido de Ley de Derechos Pasivos del Personal Militar y Asimilado de las Fuerzas Armadas, Guardia Civil y Policía Armada, aprobado por Decreto 1211/1972, de 13 de abril.

<sup>23</sup> Ley de 15 de julio de 1954, desarrollada por Orden de 17 de agosto de 1954.

<sup>24</sup> Alonso Olea, M. y Serrano Guirado, E. (1957). *La Seguridad Social de los Funcionarios Públicos*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, realizan una detallada exposición del ámbito personal, prestaciones y financiación de las Mutualidades de funcionarios en esta época.

<sup>25</sup> En este sentido, se pronuncia Junquera González, J. (1975). Comentarios a la nueva Ley de Seguridad Social de los Funcionarios Públicos. *Documentación Administrativa*. Madrid. 164, pp. 144 y 145.

<sup>26</sup> Como fue el Decreto 291/1966, de 10 de febrero, que permitió la adscripción de los funcionarios de los Cuerpos Generales a las distintas Mutualidades, según el Ministerio en que prestaban sus servicios, si bien, mantenían la afiliación a su primitiva Mutualidad, lo que implicaba una doble protección mutualista.

necesidad de abordar una reforma global que consiga poner orden en esta materia, recordando aquella Ley de Seguridad Social de los funcionarios públicos prometida por la Ley de Bases de 1963.

La ansiada y necesaria reforma del complejo sistema de protección de los funcionarios se llevará finalmente a cabo a mediados de la década de los setenta y se concreta en las tres normas ya señaladas al principio de este estudio, que vienen a crear los tres Regímenes especiales de Seguridad Social de los funcionarios públicos, integrados, respectivamente, por tres mecanismos de cobertura, independientes y compatibles: el de Derechos Pasivos; el de Ayuda Familiar y el del Mutualismo Administrativo, gestionado por las tres grandes Mutualidades creadas por dichas leyes a las que se incorporan obligatoriamente los tres colectivos de funcionarios incluidos en su ámbito de aplicación: ISFAS, MUFACE y MUGEJU.

De esta manera, el Mutualismo Administrativo se configura como complementario del Régimen de Clases Pasivas y del Régimen de Ayuda Familiar, otorgando a los funcionarios públicos un nivel de protección similar al prestado por el RGSS al resto de los trabajadores por cuenta ajena, implantando con carácter general la prestación de asistencia sanitaria y farmacéutica, de la que, hasta entonces, con excepción del colectivo militar, carecían los funcionarios.

A partir de entonces, dejan de ser obligatorias la multitud de Mutualidades existentes hasta ese momento, para las que se abre un periodo durante el cual podrían optar por continuar funcionando con carácter voluntario, dejando de percibir, en este caso, subvenciones estatales, o bien integrarse en un Fondo Especial que se constituiría en cada una de las tres Mutualidades Generales que se crearon.

Concretamente, la Ley 28/1975, de 27 de junio, sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, por la que se crea el Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, en su Disposición transitoria primera, contempla la posibilidad de que las Mutuas de los Ejércitos y de la Armada preexistentes se integrasen en el ISFAS<sup>27</sup>.

El Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas tuvo, desde su origen, una amplia vocación de cobertura subjetiva contemplando un amplísimo colectivo protegido integrado por el personal perteneciente a los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire, a la Guardia Civil o Policía Armada, así como al personal militar no de carrera, alumnos de las Academias, Escuelas y otros Centros de Instrucción y Enseñanza Militares y las Clases de Tropa y Marinería mientras presten servicio en filas y a

---

<sup>27</sup> Al amparo de dicha posibilidad se integraron en el ISFAS la Asociación Mutua Benéfica del Ejército (AMBE) y la Asociación Mutua Benéfica de la Armada (AMBA).

los funcionarios civiles al servicio de la Administración Militar<sup>28</sup>. La gestión del nuevo Régimen Especial se encomienda al Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS), adscrito orgánicamente al Alto Estado Mayor y dependiente de la Presidencia del Gobierno<sup>29</sup>.

Con respecto a la acción protectora, el ISFAS otorgaba a todo su colectivo, junto con la tradicional prestación de asistencia sanitaria, las prestaciones económicas por incapacidad transitoria para el servicio, prestaciones económicas y recuperadoras, en su caso, por inutilidad para el servicio y prestaciones de asistencia social y servicios sociales. De todas ellas, la principal prestación era la sanitaria respecto de la que se preveía concertar, primordialmente, con los Servicios de la Sanidad Militar de los Ejércitos y con los que fuesen precisos del RGSS y con los de otras instituciones públicas y privadas.

## 3.2. EVOLUCIÓN

### 3.2.1. La reforma del Régimen de Clases pasivas del Estado

Como hemos venido constatando a lo largo del presente estudio, la normativa reguladora del régimen de protección social de los funcionarios públicos ha seguido siempre su propia dinámica, al amparo de las reformas y evolución del régimen estatutario y retributivo de los funcionarios y al margen del desarrollo normativo de la Seguridad Social.

La profunda reestructuración del régimen jurídico de los funcionarios que afectó a su sistema de retribuciones y a sus derechos pasivos que se llevó a cabo en los años ochenta, supuso la reafirmación del Régimen de Clases Pasivas como sistema distinto y separado que, al tener su regulación específica, pudo mantenerse ajeno a los principios que inspiraron la moderna normativa de Seguridad Social<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Romero Lucas, M. (2022). *Ámbito subjetivo de la previsión social militar: evolución histórica y régimen vigente* [tesis doctoral]. Universidad Rey Juan Carlos (Tesauro), contiene un estudio evolutivo de los colectivos que a lo largo de la historia estuvieron protegidos por los sistemas de protección, específicamente castrenses.

<sup>29</sup> Actualmente está adscrito a la Subsecretaría de Defensa (artículo 8.8 del Real Decreto 372/2020, de 18 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa).

<sup>30</sup> Ley 30/84, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, La Ley 50/84, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 1985 y Ley 53/1984, de 26 de diciembre, sobre Incompatibilidades del Personal al servicio de la Administración Pública.

Las modificaciones introducidas en el Régimen de Clases Pasivas por estas tres leyes y las posteriores de presupuestos generales del Estado dieron lugar al vigente texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, que es aprobado por Real Decreto-Legislativo 670/1987, de 30 de abril (TRLCPE).

### **3.2.2. La desaparición del Régimen de ayuda familiar**

Mientras que por Ley 26/1985, de 31 de julio, de Medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social, se suprimieron las prestaciones económicas de protección a la familia, con excepción de las asignaciones periódicas por hijos a cargo, legal o reglamentariamente establecidas (art. 5), los funcionarios públicos siguieron disfrutando de la Ayuda Familiar. Años más tarde, la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas, establece un nuevo régimen jurídico de atención a la familia centrado en la protección de los hijos a cargo y generalizado a todos los regímenes de Seguridad Social.

Será la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 1992, la que, en su Disposición adicional novena suprime las prestaciones de ayuda familiar, así como las demás prestaciones de protección a la familia contenidas en la normativa específica de los Regímenes de Seguridad Social de los funcionarios públicos, con efectos de 1 de enero de 1992 y establezca las prestaciones por hijo a cargo en dichos Regímenes Especiales, señalando que se regularán por las normas contenidas para dichas prestaciones, en su modalidad contributiva, en la Ley 26/1990, de 20 de diciembre y en las disposiciones dictadas en su desarrollo.

Por su parte, el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, reguló las prestaciones por hijo a cargo en el Capítulo IX del Título II de aplicación «a todos los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social», lo que excluía a los regímenes de protección de los funcionarios públicos que se consideraban ajenos a dicho sistema.

Años más tarde, el Real Decreto-Ley 1/2000, de 14 de enero, sobre determinadas medidas de mejora de la protección familiar de la Seguridad Social, además de revisar, con efectos de 1 de enero de 1999, las cuantías de las asignaciones económicas de la Seguridad Social por hijo a cargo menor de dieciocho años, modifica el contenido protector de las prestaciones familiares a cargo de la Seguridad Social mediante el establecimiento

de dos nuevas prestaciones de pago único dirigidas, la primera de ellas, a los casos de nacimiento del tercer o posterior hijo y, la segunda, para los supuestos de parto múltiple.

Pero el Real Decreto 1368/2000, de 19 de julio, de desarrollo de las prestaciones económicas de pago único por nacimiento de tercer o sucesivos hijos y por parto múltiple, excluyó expresamente de estas prestaciones a los Regímenes Especiales de los Funcionarios Civiles del Estado, de las Fuerzas Armadas y de los Funcionarios de la Administración de Justicia, señalando en su artículo 2, que se regirían por sus normas específicas. No obstante, fueron recogidas, con igual contenido, en los nuevos textos refundidos del año 2000 por los que se regulan en la actualidad los tres Regímenes Especiales de Funcionarios.

### 3.3. LA CONFIGURACIÓN ACTUAL DE LOS REGÍMENES ESPECIALES DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

#### 3.3.1. El Régimen de Clases Pasivas

A raíz de las reformas efectuadas en el régimen de protección social de los funcionarios públicos antes señaladas y tras la desaparición de la Ayuda Familiar, los mecanismos de cobertura de los Regímenes Especiales de Seguridad social de los funcionarios públicos y, por tanto, del personal de las Fuerzas Armadas, quedaron reducidos a dos: el Régimen de Clases Pasivas y el Mutualismo Administrativo.

El Régimen de Clases Pasivas se encuentra regulado en la actualidad en el citado TRLCPE que concede pensiones de carácter económico y pago periódico, que protegen frente a las contingencias de jubilación, muerte y supervivencia, al personal incluido en ámbito de aplicación. Las pensiones pueden ser ordinarias o extraordinarias, según el hecho causante derive de causa ordinaria o ajena al servicio, o bien se produzca en acto de servicio o como consecuencia del mismo. Estas pensiones equivalen a las otorgadas por el Régimen General de Seguridad Social para las contingencias de jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia, derivadas tanto de riesgos comunes como profesionales.

Las pensiones reconocidas por el Régimen de Clases Pasivas se pueden clasificar en dos bloques:

- a) Pensiones de jubilación o retiro: se establecen a favor del propio funcionario, sujeto causante de la prestación. A su vez pueden ser,

según la causa que la motive: Jubilación forzosa, Jubilación voluntaria, Jubilación o Retiro por incapacidad permanente o inutilidad para el servicio.

- b) Pensiones a favor de familiares: tienen como causa el fallecimiento del funcionario y pueden ser ordinarias o extraordinarias, según que el óbito se haya producido por causas ajenas al servicio o en acto de servicio o como consecuencia del mismo. Pueden ser de Viudedad, de Orfandad, a favor de padres, siempre que dependieran económicamente del fallecido y no exista cónyuge superviviente o hijos del fallecido con derecho a pensión.

### **3.3.2. El Mutualismo Administrativo**

El Mutualismo Administrativo otorga una protección complementaria a la que concede el Régimen de Clases Pasivas, pero a diferencia de este que es único para los funcionarios integrados en su campo de aplicación, el Mutualismo Administrativo se articula a través de las tres normas ya citadas y es gestionado por tres Mutualidades muy similares pero dependientes de distintos Departamentos: MUFACE, MUGEJU e ISFAS.

Las contingencias protegidas con carácter general por el Mutualismo administrativo, dejando aparte las particularidades de cada uno de ellos por las especialidades derivadas de los distintos tipos de colectivos funcionariales protegidos, son: la necesidad de asistencia sanitaria, la incapacidad temporal derivada de enfermedad común o profesional, la incapacidad permanente o inutilidad para el servicio en los mismos supuestos anteriores y las cargas familiares.

La actualización de las anteriores contingencias puede dar derecho a las siguientes prestaciones: asistencia sanitaria, subsidio por incapacidad temporal, prestaciones recuperadores por incapacidad total, absoluta y gran invalidez, prestaciones para remunerar a la persona encargada de la asistencia del gran inválido, indemnizaciones por lesiones, mutilaciones o deformidades causadas por enfermedad profesional o en acto de servicio o como consecuencia de él, servicios sociales, asistencia social en situaciones de necesidad, prestaciones familiares por hijo a cargo minusválido y ayudas económicas en caso de parto múltiple.

No obstante, la protección social que reciben los funcionarios públicos a través de su régimen de seguridad social, se completa con las normas que regulan su propio Estatuto jurídico, que comprenden medidas de dicha naturaleza. Así, por ejemplo, los funcionarios gozan de permisos retribuidos

que sustituyen a algunas prestaciones de Seguridad Social, como las licencias por enfermedad de tres o seis meses, según la clase de funcionarios, durante las cuales perciben las retribuciones íntegras, pasando a percibir a partir de dichos plazos, solo las retribuciones básicas y en función de ellas, el subsidio por incapacidad temporal que otorgan las Mutualidades con el fin de complementar la merma de retribuciones que experimentan en dicha situación.

Por su parte, el personal militar y el de la Guardia Civil, carecen de protección mutualista por incapacidad temporal, puesto que la normativa reguladora de su específico régimen jurídico ya prevé que en el caso de que les sea apreciada una insuficiencia de condiciones psicofísicas para el servicio motivada por lesión o enfermedad que no resulte irreversible, permanecerán en la situación administrativa que se encuentren, pudiendo permanecer en dicha situación por un periodo de hasta dos años manteniendo sus retribuciones íntegras.

Tiene la misma consideración y efectos que la situación incapacidad temporal, la situación de riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural de un hijo menor de nueve meses en que puede encontrarse la mujer funcionaria, también contemplada en la normativa reguladora del régimen jurídico de cada colectivo de funcionarios.

Por otra parte, tampoco existe en los regímenes especiales de funcionarios, prestación de maternidad o paternidad, pues los permisos o licencias por parto, adopción o acogimiento se contemplan en las diferentes normas que regulan el régimen jurídico de cada clase de funcionarios que les reconocen el mantenimiento íntegro de sus retribuciones.

Por todo ello, podemos afirmar que el régimen de protección social de los funcionarios públicos está constituido, en la actualidad, por tres mecanismos de cobertura: el que otorga las pensiones, Régimen de Clases Pasivas o el Régimen General de Seguridad Social (en el caso de que hayan ingresado en la Administración con posterioridad al 1 de enero de 2011), el Mutualismo Administrativo y su propio Estatuto Jurídico.

#### 4. EL PROCESO DE CONVERGENCIA E INTEGRACIÓN DE LOS RÉGIMENES ESPECIALES EN EL RÉGIMEN GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL

Como hemos venido constatando, el devenir histórico generó la estructura dualista y fragmentada de nuestro sistema de Seguridad Social, que ha permitido la perpetuación de regímenes especiales que otorgan

protección a determinados colectivos profesionales. La especialidad de los regímenes especiales radica en la existencia de una regulación propia y distinta para determinados colectivos en la acción protectora, en las prestaciones, en la gestión y en el modo de financiación, que se traduce a veces en privilegios y otras en infraprotección. Su existencia fue criticada abiertamente por la doctrina, que, ya desde la Ley de Bases de Seguridad Social, los consideró contrarios a las directrices de un sistema de Seguridad Social moderno<sup>31</sup>.

A partir de la promulgación de nuestra Constitución de 1978 comenzó a cuestionarse la adecuación de tales regímenes particulares a los postulados derivados del principio de igualdad proclamado por el art. 14 del texto constitucional.

Sin embargo, debe precisarse que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha venido justificando la existencia de Regímenes Especiales de Seguridad Social, si bien con matices. Así, considera que no vulnera el principio de igualdad la existencia Regímenes Especiales en razón de las «peculiaridades socioeconómicas, laborales, productivas o de otra índole que concurren»<sup>32</sup>. Si bien hay una presunción de legitimidad de la actividad del legislador al regular regímenes especiales, el Tribunal Constitucional ha precisado que esta doctrina no puede aplicarse de manera automática a todos los supuestos de confluencia o concurrencia de regímenes jurídicos dispares, porque ello equivaldría a dejar al arbitrio del legislador o del Gobierno la eficacia del principio de igualdad, exigiendo que vaya «más allá del dato puramente formal de la diversidad de ordenamientos jurídicos y comprobar si desde una perspectiva material esa diversidad responde a diferencias reales que, por ser objetivas, razonables y congruentes, constituyen suficiente justificación del tratamiento desigual [...]»<sup>33</sup>.

En conclusión, el máximo intérprete de la Constitución admite una regulación diferente para una misma contingencia entre regímenes si está justificada y conforme a los principios de razonabilidad, objetividad y pro-

---

<sup>31</sup> Por todos, Vida Soria, J. (1972). Régimen General y Regímenes Especiales en el Sistema de Seguridad Social Española, ob. cit., p. 51 ya criticaba su perpetuación que, en su opinión, obedece «bien a un privilegio, bien a una pura inercia burocrática que no es capaz de levantar su punto de mira» y que, en todo caso, «refleja una debilidad del poder que no está en disposición de enfrentarse con el 'statu quo', o que, por razones ideológicas, no quiere hacerlo».

<sup>32</sup> STC 268/1993, de 20 de septiembre, entre otras.

<sup>33</sup> SSTC 39/1992, de 30 de marzo, 184/1993, de 31 de mayo.

porcionalidad<sup>34</sup>, así como diferentes formas de valoración y protección de las incapacidades<sup>35</sup>.

En el ámbito de la política del derecho de la Seguridad Social y en la lógica del artículo 41 de la Constitución (CE)<sup>36</sup>, la creación de Regímenes especiales debe ser siempre una medida excepcional, pues entra en contradicción con los principios de una Seguridad Social evolucionada basada en la búsqueda de la homogeneidad y solidaridad del colectivo protegido. De ahí la consagración del principio de tendencia a la unidad del Sistema afirmado de modo generalizado<sup>37</sup>.

No obstante, lo cierto es que, la mayor parte de los Sistemas de Seguridad Social de los Estados europeos comparables han llevado a cabo una cierta fragmentación, más o menos amplia, del Sistema de Seguridad Social. El fenómeno disgregador ha estado históricamente vinculado a la fuerza expansiva del encuadramiento subjetivo en la Seguridad Social, debida a la creciente complejidad de organización de una población ocupada en muy diversas actividades. Pero también la disgregación de la protección obedece a cuestiones técnicas motivadas por razones de política legislativa, vinculadas a una opción por la diferenciación de tutelas, modos de organización y gestión del colectivo protegido<sup>38</sup>.

El carácter generalizado y relativamente heterogéneo de las estructuras diversificadas de los Sistemas de Seguridad Social ya estaba presente en

---

<sup>34</sup> SSTC 268/1993, de 20 de septiembre, 377/1993, de 20 de diciembre y 38/1995, de 13 de febrero.

<sup>35</sup> SSTC 184/1993, de 31 de mayo, 53/1996, de 26 de marzo, 232/1991, de 10 de diciembre y 291/1994, de 27 de octubre.

<sup>36</sup> El artículo 41 CE dispone que: «los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres».

<sup>37</sup> Monereo Pérez, J. L. (2011). Proceso de convergencia e integración de los regímenes de seguridad social: significación y aspectos críticos. *Temas Laborales, Revista andaluza de trabajo y bienestar social*. (2011). Madrid, p. 97, afirma que reconocer ese carácter excepcional no priva de legitimidad a la creación de regímenes especiales, siempre que se evite la «normalización» de esa práctica capaz de determinar verdaderos y propios «estatutos de grupos» que conllevan la ruptura de la unidad del Sistema.

<sup>38</sup> En opinión de López García, J. La convergencia entre regímenes de Seguridad Social. (2005). *Temas Laborales, Revista andaluza de trabajo y bienestar social*. 81, p. 210, el planteamiento de la convergencia de regímenes, aun siendo necesario, no es una cuestión fundamental para abordar los problemas coyunturales o demográficos del sistema de Seguridad Social. Si acaso es importante por exigencias constitucionales, para el complejo juego del principio de igualdad y de equidad en esta materia y para evitar privilegios o injusticias, agravios comparativos en la estructura actual del modelo profesional de Seguridad Social. Pero también para hacer más transparente el esfuerzo solidario de los distintos colectivos en que se basan los sistemas contributivos de Seguridad Social.

el Reglamento (CE) núm. 1408/1971, de 14 de junio, que contemplaba su aplicación «a los regímenes de seguridad social generales y especiales» (art. 4). Esa distinción se mantiene en el Reglamento (CE) 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, sobre la Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, cuyo art. 3.2 (relativo al campo de aplicación) establece que «Salvo disposición en contrario de anexo XI, el presente Reglamento se aplicará a los regímenes de seguridad social generales y especiales, contributivos y no contributivos, así como a los regímenes relativos a las obligaciones del empleador o del armador<sup>39</sup>».

Desde su configuración inicial, la evolución normativa de nuestro Sistema de Seguridad Social ha perseguido tres objetivos: la mejora, la racionalización y la homogeneización del sistema. La tendencia a la homogeneización de los distintos regímenes del sistema responde a la exigencia simultánea de igualdad y de diferencia en la que subsisten los regímenes especiales de Seguridad Social. Esa aparente paradoja parece resolverse sobre la base de que la regla general ha de ser la homogeneidad de la protección, teniendo como referencia el RGSS, lo que se ha traducido en medidas de reconducción total, integración o aproximación a dicho Régimen general como ideal de cobertura<sup>40</sup>.

A raíz de la reforma racionalizadora impulsada por la Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social, se impulsó significativamente el proceso de simplificación e integración de los Regímenes especiales de Seguridad social, corrigiendo algunos de los desmanes o excesos reguladores precedentes y procediendo a una obligada reordenación<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> En su mismo art. 1 («Definiciones»), apartado e), da cuenta de esa distinción cuando dispone que se entiende por «régimen especial para funcionarios»: «*todo régimen de seguridad social distinto del régimen general de la seguridad social aplicable a los trabajadores por cuenta ajena en el Estado miembro de que se trate al que estén directamente sometidos la totalidad o determinadas categorías de funcionarios o personal asimilado*».

<sup>40</sup> Sobre esta materia, *Vid.* Tortuero Plaza, J. L. y Panizo Robles, J. A. (2003). *Estructura del sistema de Seguridad Social. Convergencia de regímenes*. Madrid, Fundación Alternativas.

<sup>41</sup> A este proceso obedeció el Real Decreto 2621/1986, de 24 de diciembre, desarrollado por las Órdenes Ministeriales de 20 de julio y 30 de noviembre de 1987 y que afectaba a los Regímenes Especiales creados por Decreto, a excepción del de la Minería del Carbón, de modo que todos ellos se integraban en el Régimen General de la Seguridad Social, excepto el de Escritores de Libros, que se integró en el Régimen de Autónomos. En todo caso, se mantuvieron ciertas, en ocasiones significativas, peculiaridades. Asimismo, por Real Decreto 480/1993, de 1 de abril, se procedió a la integración en el Régimen General de los colectivos incluidos hasta ese momento en el Régimen Especial de la Seguridad Social de la Administración Local.

El Pacto de Toledo, ya desde su redacción originaria de 1995 y de manera continuada en sus revisiones de 2003, 2007 y 2011, contemplaba, como una de las recomendaciones principales, la búsqueda de la simplificación e integración de los regímenes especiales en la dirección de alcanzar solo dos regímenes: uno que protegiera a los trabajadores por cuenta ajena y, otro, a los trabajadores por cuenta propia<sup>42</sup>.

Si bien es cierto que el legislador español nunca ha renunciado a la tradicional aspiración de unidad y homogeneidad del Sistema, ese objetivo se plantea a largo plazo y de forma matizada o condicionada. Con esta finalidad, además de promover la equiparación entre Regímenes, se ha fomentado la puesta en marcha de diferentes procesos de integración gradual o progresiva entre Regímenes. Paralelamente, las medidas de reforma de determinadas prestaciones, o, en general, de diversos aspectos del régimen jurídico de la Seguridad Social, se han venido refiriendo deliberadamente al «Sistema de Seguridad Social» y no solo al Régimen General, de modo que relevantes ámbitos de la ordenación normativa ya son comunes a prácticamente todos los Regímenes<sup>43</sup>.

Por otra parte, este proceso de integración no ha dejado de recibir renovados impulsos en el ámbito de los Acuerdos Sociales y de las reformas

---

<sup>42</sup> Así se expresa en la Recomendación «6. Simplificación e integración de regímenes especiales» del Pacto de Toledo de 1995: «La experiencia nos demuestra que existen ciertas disfunciones en cada uno de los regímenes especiales que se apartan de los fines para los que fueron creados. Por ello, y desde la previsión legal existente de unificación de la estructura del sistema, la Ponencia recomienda que se continúe en este proceso reduciendo de manera gradual el número de los regímenes actualmente existentes y logrando la plena homogeneización del sistema público de pensiones, de manera que a medio o largo plazo todos los trabajadores y empleados queden encuadrados o bien en el régimen de trabajadores por cuenta ajena o bien en el de trabajadores por cuenta propia, contemplando, no obstante, las peculiaridades específicas y objetivas de los colectivos encuadrados en los sectores marítimo-pesquero y de la minería del carbón, así como de los trabajadores eventuales del campo». Por otra parte, debe recordarse, por un lado, que el Acuerdo político social para la mejora y el desarrollo del Sistema de Protección Social de 2001 dedicaba el Capítulo VII a la «Convergencia de regímenes especiales» y que, por otro, el Acuerdo Político Social sobre medidas en materia de Seguridad Social, dedicaba todo el Capítulo V a las «Reformas en la estructura del Sistema de la Seguridad Social», en el sentido de avanzar en el proceso de simplificación y racionalización de la estructura de la Seguridad Social.

<sup>43</sup> Esta tendencia a formar un «Derecho común» del Sistema de Seguridad Social se observó claramente en la Disposición Adicional 8.ª del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se regularon las «Normas de desarrollo y aplicación a Regímenes Especiales». Un análisis detallado de este proceso puede verse en Cabeza Pereiro, J. (2002). Convergencia entre regímenes. *Temas Laborales*. 66, p. 46 y ss.

legislativas más recientes<sup>44</sup>. En todos estos Acuerdos y desarrollos legislativos se propone una simplificación cualitativa de la estructura interna del Sistema, suprimiendo, con unos horizontes temporales más o menos próximos, algunos Regímenes Especiales. Esta evolución es más coherente con las previsiones constitucionales *ex art.* 41 CE y el conjunto de valores constitucionales, que no se compadece bien con diferencias en las prestaciones por las mismas contingencias entre los colectivos protegidos por distintos regímenes.

Actualmente, la cláusula de cierre de la ordenación legal de los Regímenes Especiales la proporciona el artículo 10 de la vigente LGSS, que, como hemos señalado *ut supra*, continúa justificando su existencia respecto de determinados colectivos profesionales entre los que se contempla el constituido por los «Funcionarios públicos, civiles y militares».

Del citado artículo 10 se constata el carácter todavía incompleto del proceso de convergencia e integración de regímenes, pues todavía pesan singularidades importantes y lejos de cristalizar en dos grandes regímenes públicos (de trabajadores por cuenta ajena y de trabajadores autónomos), aún subsisten regímenes especiales de trabajadores del mar, de estudiantes y, sobre todo, los de funcionarios públicos, civiles y militares. Asimismo, se mantiene el reforzamiento legal de la tendencia hacia la homogeneidad con el Régimen General, como paradigma y eje referente del Sistema de Seguridad Social en su conjunto, que se consagra y reitera en los apartados 3, 4 y 5 del citado precepto de la vigente Ley General de la Seguridad Social.

Es cierto que la fragmentación de la protección en los llamados regímenes especiales de Seguridad Social presenta actualmente una cierta regresión limitada, pero significativa. Ello obedece a tres motivos funda-

---

<sup>44</sup> Así sucedió con el Acuerdo Social sobre «mejora y desarrollo del sistema de protección social», de 9 de abril de 2001, cuyo apartado VII se dedica a la «convergencia» de los Regímenes Especiales. Un objetivo de simplificación y racionalización presente, si bien solo para los trabajadores agrarios por cuenta propia, en el Acuerdo sobre Encuadramiento y Cotización a la Seguridad Social de estos trabajadores, firmado el 20 de octubre, que propone su integración en el RETA, lo que finalmente se consiguió, con la Ley 18/2007, de 4 de julio. Y también es atendido, de nuevo con carácter general, por el Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social, de 13 de julio de 2006, «desarrollado» parcialmente por la Ley 40/2007 y, años más tarde, por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social, por el que se integra el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social y la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, por la que se procede a la integración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General de la Seguridad Social.

mentales. El primero es la revalorización del principio de igualdad y no discriminación que impone la eliminación de diferencias en los diversos aspectos de la protección social (asistencia sanitaria, pensiones mínimas, etc.). El segundo, es la constatación de que, desde el punto de vista económico-financiero, la fragmentación de los colectivos asegurados genera problemas de gestión ya casi insostenibles. Y el tercer motivo obedece al hecho constatado de que para organizar las estrategias reformistas de racionalización y de contención conviene igualar y homogeneizar a los sujetos protegidos, integrándolos dentro de dos grandes regímenes de Seguridad Social: de una parte, en el Régimen General de trabajadores por cuenta ajena (que podría permitir la inclusión también de los regímenes funcionariales actuales, aunque con sus correspondientes peculiaridades y especificidades) y de otra, en el Régimen General de Trabajadores Autónomos<sup>45</sup>.

Con todo, es indudable que el proceso de integración de los diversos colectivos protegidos, hoy encuadrados en algunos Regímenes Especiales, exigirá un largo proceso de racionalización y de convergencia interna e implicará una ingente operación financiera que, por el momento, parecer difícil de abordar. Sin olvidar que algunos de esos colectivos tendrán que mantener especialidades de carácter técnico, administrativo y financiero, e incluso en el ámbito de su acción protectora, como ocurre especialmente con el personal militar.

La reforma en curso pretende avanzar con este objetivo de simplificación, racionalización y convergencia entre los distintos regímenes públicos de Seguridad Social. La idea-fuerza de la racionalización de la estructura interna del Sistema obedece, en definitiva, a una razón de eficiencia en la gestión, pero también responde a la búsqueda de la equidad y homogeneidad de la protección social de la población, reforzando el criterio legal de generalizar el tratamiento protector otorgado actualmente por el RGSS como ideal de cobertura y referente del proceso reformista<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> En esta dirección, el Informe de evaluación de los resultados del Pacto de Toledo de 2003 señaló que «debe impulsarse la labor de simplificación en orden a la existencia futura de dos grandes regímenes en los que queden encuadrados, por un lado, los trabajadores por cuenta ajena y, por otro, los trabajadores por cuenta propia».

<sup>46</sup> No obstante, López Gandía, J. La convergencia entre regímenes de seguridad social, ob. cit., p. 216, considera que la aplicación del principio de homogeneidad contemplado en el art. 10 de la vigente Ley General de Seguridad Social no deja de ser irrelevante cara a regulaciones futuras de carácter legislativo, cuyo verdadero límite se encuentra en el art. 14 de la CE, con todas las limitaciones y dificultades aplicativas puestas de manifiesto por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

## 5. LA ASIGNATURA PENDIENTE: LA CONVERGENCIA DE LOS REGÍMENES ESPECIALES DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

### 5.1. CONSIDERACIONES GENERALES

Los Regímenes de Seguridad Social de los funcionarios públicos se han considerado siempre un mundo aparte, no solo en relación con los trabajadores del sector privado, sino incluso con respecto a los colectivos de funcionarios que, desde los años ochenta, se fueron integrando en el RGSS, como los de la Administración Local o de las Comunidades Autónomas, o los que ya lo estaban, como el personal estatutario, los funcionarios de la Seguridad Social o los propios trabajadores del sector público.

Por ello han permanecido siempre al margen de los debates sobre viabilidad del Sistema de Seguridad Social que arranca de los Pactos de Toledo. Es posible inquirir que dicha exclusión no es solo un problema de pervivencia de privilegios a los que los funcionarios no han querido renunciar, sino también un problema de racionalidad interna en los procesos de gestión pública, que están presididos por rémora de viejas prácticas.

Ni las Recomendaciones 4.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup>, ni los *Acuerdos de 1996 y de 2001 sobre convergencia de los Regímenes de Seguridad Social y la tendencia hacia la simplificación y racionalización de la estructura del Sistema de Seguridad Social, mencionan a los Regímenes especiales de funcionarios.*

Todo ello ha generado en parte de la doctrina serias dudas acerca de la propia naturaleza de estos Regímenes especiales, considerándolos ajenos al Sistema de Seguridad Social. Y ello pese a que las tres leyes reguladoras de las tres Mutualidades administrativas califican al mecanismo mutualista que, respectivamente, regulan, como «Seguridad Social».<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> Por ello, López Gandía, J. (2005). La convergencia entre regímenes de Seguridad social, ob. cit., p. 224 opina que, mientras que el Mutualismo se configura como parte de nuestro sistema de Seguridad Social, es más dudosa la integración en el mismo del Régimen de Clases Pasivas del Estado, que, aunque también se concibe como mecanismo de cobertura, tiene unas peculiaridades prestacionales, financieras y de gestión que lo alejan de las normas que rigen en el sistema de Seguridad Social. Por su parte, Monereo Pérez, J. L. *Proceso de convergencia e integración de los regímenes de seguridad social: significación y aspectos críticos*, ob. cit., p. 126-127, sostiene que no cabe ninguna duda de que la Seguridad Social de los funcionarios públicos es verdadera Seguridad Social en el sentido del art. 41 CE, aparte de que su regulación normativa específica vigente la autocalifique de Seguridad Social. En este sentido, considera que el art. 41 CE es una norma directiva que contiene la orientación político-jurídica hacia la unificación institucional de la Seguridad Social.

No cabe duda de que el sistema de protección social de los funcionarios públicos, fruto de su propia evolución histórica, es el más fragmentado, desigual y con mayor dispersión normativa, requiriendo desde hace mucho tiempo de una profunda reforma. Si bien es cierto que el legislador es consciente de estas extraordinarias deficiencias que ha reiteradamente denunciado gran parte de la doctrina, en el proceso de racionalización y simplificación de nuestro sistema de Seguridad Social está pendiente una reflexión en profundidad sobre los regímenes especiales de los funcionarios públicos y su aparente exclusión del proceso de reforma general.

La justificación de la existencia de un sistema de protección de riesgos sociales específico para los funcionarios públicos del Estado, tanto civiles como militares, ha sido siempre cuestionada por la doctrina, poniendo el acento, principalmente, en el hecho de que la transferencia de nuevas competencias a las CC. AA. ha propiciado que el número de funcionarios estatales se haya reducido, por lo que en consecuencia, subsiste un mecanismo particular de protección social solamente para un tercio del total de funcionarios públicos. No parece razonable que unos funcionarios se encuentren amparados por el Régimen General y otros en los Regímenes especiales, con diferente regulación, prestaciones, financiación y gestión<sup>48</sup>. La persistencia de esta diferente respuesta protectora, que se sigue proyectando en numerosos aspectos, genera importantes e injustificables quiebras de los principios de coherencia, equidad y racionalidad del sistema<sup>49</sup>.

En las reformas que se han ido efectuando respecto a determinadas prestaciones en la Seguridad Social, como maternidad, riesgo durante el embarazo o la lactancia, prestaciones familiares, etc. los regímenes de funcionarios se han considerado un régimen especial más. Pero, la extensión a dichos regímenes de las nuevas regulaciones no se ha efectuado a través de la vía de la disposición adicional 8.<sup>a</sup> de la 11.<sup>a</sup> bis de la precedente LGSS, sino que se ha llevado a cabo mediante la elaboración de normas propias,

---

<sup>48</sup> En este sentido, *Vid.*, Alarcón Caracuel, M. R. y González Ortega, S. (1988). *Las pensiones de los funcionarios públicos en España*. Madrid, Mapfre; Gonzalo González, B. y Nuño Rubio J. L. (1997). *Seguridad Social de los funcionarios públicos en España*. Madrid. Marcial Pons; López Gandía, J. y Momparler Carrasco, M. Á. (2004) La protección social de los funcionarios públicos. Regulación actual y perspectivas ante los sistemas privados de pensiones, RDS 25/2004; y Blasco Lahoz, J. F., López Gandía, J. y Momparler Carrasco, M. Á. (2005). *Los regímenes especiales de la Seguridad Social*, 4<sup>a</sup> ed., Valencia, Tirant.

<sup>49</sup> En este sentido, Monereo Pérez, J. L. (2011). en *Proceso de convergencia e integración de los regímenes de seguridad social: significación y aspectos críticos*, ob. cit, p. 126, defiende la supresión de los Regímenes especiales de funcionarios por la extremada diversidad normativa que ocasiona la quiebra o erosión de la seguridad y coherencias jurídicas y desigualdad de tratamientos protectores, entre otros.

*lo que*, según algunos autores, confirmaría su carácter de regímenes «peri-féricos» del Sistema.

Lo cierto es que la fragmentación en los sistemas de protección social, fruto de un largo proceso de evolución histórica, tanto entre los propios empleados públicos como respecto de los demás trabajadores por cuenta ajena, cada vez resulta más difícil de justificar<sup>50</sup>. Se cuestiona especialmente el privilegio que mantiene la protección mutualista en el ámbito de la asistencia sanitaria que permite la gestión por entidades privadas de asistencia sanitaria<sup>51</sup>.

Todo ello ha determinado que la doctrina mayoritaria considere que los regímenes de protección social funcionariales sean una asignatura pendiente en el proceso de racionalización y simplificación de nuestro Sistema de Seguridad Social y se haya venido reclamando la necesidad de dar pasos firmes en el proceso de convergencia gradual de los Regímenes especiales de los funcionarios públicos hacia un gran régimen general de Seguridad Social, considerando como premisa ineludible su inclusión en la dinámica de la reforma de las pensiones y de su instrumento político-social fundamental: el Pacto de Toledo y sus sucesivas Revisiones.

## 5.2. UN PASO DECISIVO: LA INTEGRACIÓN EN EL RGSS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A PARTIR DEL 1 DE ENERO DE 2011

En el proceso dirigido a alcanzar la máxima homogeneidad y suprimir las diferencias existentes entre el RGSS y el Régimen de Clases Pasivas del Estado, la Disposición adicional sexagésima segunda de la Ley 2/2008, de presupuestos generales del Estado para 2009, ordenó al gobierno para que, previa negociación con las organizaciones sindicales en la Mesa del Diálogo Social existente para el seguimiento y desarrollo del Pacto de Toledo, propusiese las medidas legales necesarias en orden a continuar el proceso de armonización del Régimen de Clases Pasivas del Estado con el RGSS.

Con este objetivo, un paso decisivo en la tendencia hacia la reconducción de los regímenes funcionariales hacia el Régimen General, tuvo lugar

---

<sup>50</sup> *Vid.* Rodríguez Cardo, I. A. (2008). *La Seguridad Social de los Empleados, Cargos y Servidores Públicos*. Navarra, Thomson Aranzadi, p. 91.

<sup>51</sup> Algunos autores defienden la extensión a todos los trabajadores de esta forma de prestar la asistencia sanitaria, como Tortuero Plaza, J. L. y Panizo robles, J. A. (2003). *Estructura del sistema de Seguridad social. Convergencia de regímenes*. Madrid, Fundación Alternativas, p. 51 y ss. y López Gandía, J. y Momparler Carrasco, M. Á., en ob. cit.

con el Real Decreto ley 13/2010, de 3 de diciembre, de Actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y el empleo, cuyo artículo 20 acuerda la inclusión en el RGSS de los funcionarios públicos y de otro personal de nuevo ingreso a partir del 1 de enero de 2011, lo que supone el inicio del fin del sistema de clases pasivas<sup>52</sup>.

La justificación la encontramos en el apartado IX de su exposición de motivos, que establece como objetivo «simplificar y armonizar los actuales sistemas de pensiones públicas y lo que en el contexto actual es más relevante, se incrementa el número de cotizantes a la Seguridad Social y, en consecuencia, los ingresos de la Tesorería General de la Seguridad Social».

Sin embargo, el objetivo de alcanzar un único sistema contributivo y de reparto de las pensiones no parece alcanzarse con la previsión contenida en el artículo 20 de dicho Real Decreto-Ley, al afectar la integración exclusivamente a los funcionarios ingresados a partir del 1 de enero de 2011, poniendo de manifiesto, por el contrario, un evidente un ánimo recaudatorio, al afectar la integración solo a las pensiones y no a todas las prestaciones

---

<sup>52</sup> «Artículo 20. Inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de los funcionarios públicos y de otro personal de nuevo ingreso a partir del 1 de enero de 2011.

Uno.

1. Con efectos de 1 de enero de 2011 y vigencia indefinida, el personal que se relaciona en el artículo 2.1 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, excepción hecha del comprendido en la letra i), estará obligatoriamente incluido, a los exclusivos efectos de lo dispuesto en dicha norma y en sus disposiciones de desarrollo, en el Régimen General de la Seguridad Social siempre que el acceso a la condición de que se trate se produzca a partir de aquella fecha.

2. La inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social del personal a que se refiere el apartado anterior respetará, en todo caso, las especificidades de cada uno de los colectivos relativas a la edad de jubilación forzosa, así como, en su caso, las referidas a los tribunales médicos competentes para la declaración de incapacidad o inutilidad del funcionario.

En particular, la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social del personal militar de carácter no permanente tendrá en cuenta las especificidades previstas respecto de las contingencias no contempladas por figuras equivalentes en la acción protectora de dicho Régimen.

Además, la citada inclusión respetará para el personal de las Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado, con las adaptaciones que sean precisas, el régimen de las pensiones extraordinarias previsto en la normativa de Clases Pasivas del Estado.

Dos. El personal incluido en el ámbito personal de cobertura del Régimen de Clases Pasivas a 31 de diciembre de 2010 que, con posterioridad a dicha fecha y sin solución de continuidad, ingrese, cualquiera que sea el sistema de acceso, o reingrese, en otro Cuerpo que hubiera motivado, en dicha fecha, su encuadramiento en el Régimen de Clases Pasivas, continuará incluido en dicho régimen.

Continuarán rigiéndose por la normativa reguladora del Régimen de Clases Pasivas del Estado los derechos pasivos que, en propio favor o en el de sus familiares, cause el personal comprendido en la letra i) del artículo 2.1 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado».

del sistema, como sí ocurrió con la integración en el Régimen General de la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local<sup>53</sup>.

No es de extrañar que la decisión de suprimir progresivamente el Régimen de Clases Pasivas se adoptase en un contexto de crisis económica severa y en medio de un profundo debate sobre la sostenibilidad del sistema de pensiones, teniendo en cuenta el aumento de la esperanza de vida y el consiguiente número de pensionistas, unido al bajo crecimiento demográfico, entre otras causas.

Pocos años después, la LGSS, confirma en su Disposición adicional tercera, la definitiva inclusión de los funcionarios públicos y de otro personal de nuevo ingreso en el RGSS<sup>54</sup>.

Esta evolución normativa demuestra la decidida intención del legislador de realizar gradualmente la opción de política legislativa encaminada a establecer una estructura dualista de regímenes de Seguridad Social: un Régimen General de Trabajadores por cuenta ajena (en sentido amplio, comprendiendo a los trabajadores asalariados y a los funcionarios públi-

---

<sup>53</sup> Algunos autores señalan que al afectar la integración exclusivamente a los funcionarios que ingresen a partir del 1 de enero de 2011 y no a la totalidad, más que pretenderse una integración plena que garantice un único sistema contributivo y de reparto a las pensiones, pone de manifiesto un ánimo recaudatorio, limitándose además la integración a las pensiones y no a todas las prestaciones del sistema, como sí se llevó a cabo con el Real Decreto 480/1993, de 2 de abril por el que se integró en el Régimen General de la Seguridad Social, el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración Local. En este sentido, se pronuncia De Torres Díez-Madroño, P. (2013). La integración en el régimen general de la Seguridad Social de los funcionarios públicos a partir del 1 de enero de 2011: Diferencias destacables con el Régimen Especial de Clases Pasivas del Estado. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*. Madrid, 104, p. 122.

<sup>54</sup> «Disposición adicional tercera:

1. Con efectos de 1 de enero de 2011, el personal que se relaciona en el artículo 2.1 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, excepción hecha del comprendido en la letra i), estará obligatoriamente incluido, a los exclusivos efectos de lo dispuesto en dicha norma y en sus disposiciones de desarrollo, en el Régimen General de la Seguridad Social siempre que el acceso a la condición de que se trate se produzca a partir de aquella fecha.

2. La inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social del personal a que se refiere el apartado anterior respetará, en todo caso, las especificidades de cada uno de los colectivos relativas a la edad de jubilación forzosa, así como, en su caso, las referidas a los tribunales médicos competentes para la declaración de incapacidad o inutilidad del funcionario.

En particular, la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social del personal militar de carácter no permanente tendrá en cuenta las especificidades previstas respecto de las contingencias no contempladas por figuras equivalentes en la acción protectora de dicho Régimen.

Además, la citada inclusión respetará para el personal de las Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado, con las adaptaciones que sean precisas, el régimen de las pensiones extraordinarias previsto en la normativa de Clases Pasivas del Estado».

cos, en calidad de empleados) y un Régimen General de Trabajadores por cuenta propia o autónomos (comprendido de todos los trabajadores autónomos con independencia de su tipología y de las actividades profesionales desplegadas en calidad de autoempleo).

Con ello se pretende ganar en coherencia y equidad, en línea con el pensamiento mayoritario de la doctrina científica, que no encuentra justificación a la pervivencia de regímenes particulares para determinados colectivos. No obstante, como advierten algunos autores, dicho proceso de convergencia debe tender a crear una estructura interna homogénea pero con arreglo a criterios racionales, una «unidad en la diversidad» en cuyo interior coexistan las peculiaridades lógicas y necesarias de acuerdo con los principios que informan todo el Sistema de Seguridad Social<sup>55</sup>.

De entrada, dicha integración no afecta a las prestaciones de incapacidad temporal, maternidad y paternidad<sup>56</sup>, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, las indemnizaciones por acto de servicio, la asistencia sanitaria y la prestación farmacéutica, que seguirán rigiéndose por las normas del Mutualismo Administrativo. Únicamente afecta a las prestaciones de jubilación, invalidez en sus diferentes modalidades y a las prestaciones de viudedad, orfandad y a favor de familiares.

Por otra parte, quedan excluidos de la integración en el RGSS los expresidentes, vicepresidentes y ministros del Gobierno de la Nación, los expresidentes del Congreso de los Diputados y del Senado, del Tribunal de Cuentas y del Consejo de Estado, los expresidentes del Tribunal Supremo, los expresidentes del Consejo General del Poder Judicial, los expresidentes del Tribunal Constitucional, los ex defensores del pueblo y fiscales generales del Estado, que adquieran tal condición a partir del 1 de enero de 2011, cuyo régimen de Seguridad Social seguirá rigiéndose por las normas de Clases Pasivas del Estado. La exclusión de este personal no encuentra justificación alguna, por mucho que las pensiones que perciben estén sometidas a las previsiones contempladas en el art. 10.5 de la Ley 74/1980, de 29 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 1981, dado que se abonan con cargo al mismo capítulo y sección que el resto de las pensiones de Clases Pasivas del Estado.

Además de las diferencias existentes en la regulación de las pensiones del Régimen de Clases Pasivas y las que otorga el RGSS, tanto en los re-

<sup>55</sup> Es de esta opinión Monereo Pérez, J. L., en ob. cit., p. 115.

<sup>56</sup> La maternidad y la paternidad constituye para el funcionario protegido por el Mutualismo Administrativo un permiso retribuido y no una prestación de Seguridad Social de conformidad con el art. 49 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

quisitos como en las cuantías, que no nos detendremos a exponer para no desviarnos del objetivo del presente estudio, el Régimen General a partir del 1 de enero de 2011 de los funcionarios de nuevo ingreso implica cambios, tanto en la cotización del funcionario, como en la aportación del Estado.

Y es que la integración ha supuesto un cambio en el modelo de financiación, al pasar de una financiación presupuestaria a una financiación contributiva, donde, tanto la aportación del Estado como la cotización del funcionario no se efectúa en función del haber regulador fijado anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, sino de las retribuciones realmente percibidas por el trabajador. Ello implica una mayor carga contributiva, dado que el haber regulador fijado por la Ley de Presupuestos de cada año es inferior a las retribuciones realmente percibidas, lo que supone un incremento de gasto para la Administración y un mayor coste para el trabajador que verá incrementada considerablemente el importe mensual de la aportación que deberá realizar.

De esta manera, el personal integrado en el RGSS, cotizará de conformidad con su salario real, con un tope máximo de base de cotización fijada para grupo de cotización en cada ejercicio económico por la Ley de Presupuestos Generales del Estado y recogido además en la Orden anual de cotización que al efecto se dicte por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Dicho tope excede en exceso del fijado para los funcionarios que permanecen en el Régimen de Clases Pasivas que, como se ha indicado, se encuentra determinado por el haber regulador fijado anualmente en la correspondiente Ley de Presupuestos.

Pero además de soportar un tope de cotización superior, los que se integran en el RGSS han de soportar, además, una segunda cotización, que viene determinada por la obligación de mantener la cotización al mutualismo administrativo, ya que la integración en el Régimen General de la Seguridad Social es parcial, afectando solo a la protección por jubilación, invalidez, viudedad y orfandad, manteniendo la cobertura del resto de las contingencias a través del mutualismo administrativo.

En conclusión, la integración supone un mayor sacrificio económico para el funcionario integrado el Régimen General, al que le resultará más costosa la cobertura de las pensiones que a sus compañeros de carrera profesional que continúan percibiéndolas por el Régimen de Clases Pasivas (De Torres, 2013)<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> Este autor efectúa un interesante estudio comparativo de las cotizaciones y de las pensiones de los funcionarios que han permanecido en el Régimen de Clases Pasivas y de las de aquellos que se han integrado en el Régimen General de la Seguridad Social por haber ingresado a partir del 1 de enero de 2011.

En el concreto ámbito del Régimen especial de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, como consecuencia de dicha integración y con el fin de acercar la acción protectora del citado colectivo a la establecida por el Régimen General de la Seguridad Social, pero manteniendo el especial tratamiento que el Régimen de Clases Pasivas del Estado concede a las pensiones que derivan de acto de servicio, se publicó el Real Decreto 71/2019, de 15 de febrero, por el que se regulan las pensiones e indemnizaciones del régimen de Clases Pasivas del Estado de los militares de complemento y de los militares profesionales de tropa y marinería con una relación de servicios de carácter temporal.

Además, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 20.1 y 20.2 del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de Actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y el empleo, que establecía que la citada inclusión RGSS respetaría para el personal de las Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado, con las adaptaciones que fuesen precisas, el régimen de las pensiones extraordinarias previsto en la normativa de Clases Pasivas del Estado, se promulgó el Real Decreto 1087/2015, de 4 de diciembre, sobre procedimiento, condiciones y alcance del reconocimiento de las prestaciones de incapacidad permanente y muerte y supervivencia para el personal de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado derivado de su inclusión en el RGSS.

En dicha norma se afirma que el respeto al régimen de las pensiones extraordinarias previsto en la normativa de Clases Pasivas del Estado supone que

«el personal de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en los supuestos de incapacidad permanente o fallecimiento en acto de servicio o como consecuencia de atentado terrorista, tenga derecho a la pensión que corresponda conforme a la normativa del Régimen General de la Seguridad Social, así como a un complemento extraordinario de pensión equivalente a la diferencia entre el importe de la pensión por contingencias profesionales de la Seguridad Social y la cuantía de la pensión extraordinaria que por el mismo hecho causante hubiere correspondido en aplicación de las normas del Régimen de Clases Pasivas del Estado<sup>58</sup>».

---

<sup>58</sup> La cuestión más significativa del procedimiento que contempla para el reconocimiento de las prestaciones de incapacidad permanente y muerte y supervivencia para el personal de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, radica en el mantenimiento de las Juntas Médico Periciales de la Sanidad Militar, los órganos

Asimismo, en consonancia con lo recogido en la disposición adicional tercera de la LGSS/2015, que indica que la integración de los funcionarios de nuevo ingreso en el RGSS lo es a los exclusivos efectos de Clases Pasivas, el Real Decreto 1087/2015, de 4 de diciembre, confirma que se mantiene la acción protectora gestionada por las respectivas mutualidades de funcionarios.

### 5.3. EL TRASPASO DE COMPETENCIAS EN LA GESTIÓN DE LAS PENSIONES DE CLASES PASIVAS AL MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES

Un paso trascendental en el proceso de convergencia e integración de los Regímenes especiales de funcionarios en el RGSS, tuvo lugar con la publicación del Real Decreto 2/2020, de 12 de enero, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales, sentando las bases para la atribución de la gestión del régimen de clases pasivas al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, al atribuir en su artículo 22 a dicho departamento ministerial la propuesta y ejecución de la política del Gobierno en materia de clases pasivas<sup>59</sup>.

Poco después, el Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, suprime en su artículo 4 la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas en el Ministerio de Hacienda, a la vez que crea otra Dirección General, pero solo de Costes de Personal.

El toque de gracia se dio durante la situación de estado de alarma motivado por la covid-19, mediante la publicación del Real Decreto Ley 15/2020, de 21 de abril, cuya disposición adicional sexta atribuye

---

periciales especializados en materia de salud en la Guardia Civil y los Tribunales Médicos de la Policía Nacional, para evaluar la pérdida de condiciones psicofísicas del personal de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Asimismo, señala en su artículo 3.2, que el personal de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil queda excluido de la protección otorgada por el RGSS correspondiente a la incapacidad permanente parcial, las lesiones permanentes no invalidantes y al complemento de gran invalidez a que se refiere el artículo 196.4 de la LGSS y que para dichas contingencias mantendrán la acción protectora prevista en la normativa específica del Régimen especial de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas.

<sup>59</sup> Artículo 22.1 del Real Decreto 2/2020, de 12 de enero, dispone: «Artículo 22.1: Corresponde al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones la propuesta y ejecución de la política del Gobierno en materia de Seguridad Social y clases pasivas, así como la elaboración y el desarrollo de la política del Gobierno en materia de extranjería, inmigración y emigración y de políticas de inclusión».

la gestión del régimen de clases pasivas, hasta entonces atribuida a la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas del Ministerio de Economía y Hacienda (a la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa, en el caso de los funcionarios militares), al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), entidad gestora de la seguridad social adscrita al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, a partir de la fecha que se determine en el real decreto por el que se desarrolle la estructura orgánica básica del referido departamento ministerial<sup>60</sup>.

No obstante, el Tribunal Constitucional, por Sentencia 111/2021, de 13 de mayo de 2021 (Recurso de inconstitucionalidad 2295-2020), declaró inconstitucionales y nulas las disposiciones adicionales sexta y séptima, la disposición transitoria segunda y la disposición final primera del Real Decreto-Ley 15/2020, de 21 de abril, al no apreciar «la extraordinaria y urgente necesidad» que pudiera justificar el empleo del decreto ley para llevar a cabo la regulación contenida en las disposiciones impugnadas por la circunstancia de la declaración del estado de alarma, en virtud del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, para hacer frente a la crisis sanitaria provocada por la pandemia de covid-19. En este sentido, entiende el TC que nada impedía al Gobierno haber presentado un proyecto de ley que abordase las modificaciones legislativas del régimen de clases pasivas necesarias para acomodarlo a la decisión de traspasar su gestión al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, prevista en el Real Decreto 2/2020, de 12 de enero (Fundamento jurídico 7).

Si bien, el TC con el fin de evitar el vacío normativo que se produciría en cuanto a la gestión del régimen especial de Clases Pasivas, establece una excepción a la nulidad inmediata que, como regla y de acuerdo con el art. 39.1 LOTC, sigue a un pronunciamiento de inconstitucionalidad, «para atender adecuadamente a otros valores con trascendencia constitucional, como lo son en este caso los derechos de los beneficiarios de las prestaciones del régimen de clases pasivas. Estos podrían experimentar un perjuicio si las disposiciones del Real Decreto-Ley 15/2020 declaradas inconstitucionales fueran asimismo anuladas de forma inmediata». Por ello, difiere la nulidad derivada de la declaración de inconstitucionalidad hasta el 1 de enero de 2022 «a fin de que antes de que expire ese plazo se pueda

---

<sup>60</sup> En este sentido, el Real Decreto 497/2020, de 28 de abril, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, había establecido como fecha para hacerse efectiva la adaptación normativa el 6 de octubre de 2020 (disposiciones adicional tercera y transitoria segunda.6).

proceder a sustituir la regulación declarada inconstitucional y nula (por incumplimiento del presupuesto habilitante del art. 86.1 CE) por la regulación legal pertinente» (Fundamento jurídico 8).

Finalmente, dicha regulación legal se llevó a cabo por la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el 2022, que consagra la definitiva atribución de la gestión de las prestaciones del Régimen de Clases Pasivas al INSS. No obstante, contempla en su Disposición transitoria tercera un régimen transitorio, atribuyendo temporalmente la gestión a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, hasta que se culmine el proceso de adaptación de la gestión administrativa, contable, presupuestaria y financiera que permita la asunción definitiva de la gestión por el INSS.

No cabe duda de que la atribución de la gestión de las prestaciones del Régimen de Clases Pasivas al INSS representa un paso decisivo en el proceso de convergencia y simplificación entre los regímenes públicos de Seguridad Social, que obedece a una razón de eficiencia en la gestión, pero también responde a la búsqueda de la equidad y homogeneidad de la protección social con el otorgado por el RGSS, como ideal de cobertura y referente del proceso reformista.

Por otra parte, declarada formalmente la extinción de uno de los dos mecanismos de cobertura de los Regímenes especiales de Seguridad Social de funcionarios —el Régimen de Clases pasivas— ha surgido con más fuerza el debate en torno a la justificación de la supervivencia del Mutualismo administrativo, sobre todo teniendo en cuenta que únicamente otorga protección a un pequeño colectivo de funcionarios.

Podría considerarse que con la integración de los funcionarios públicos a partir del 1 de enero de 2010 en el RGSS a efectos de pensiones y con la transferencia de la gestión de las clases pasivas al INSS, se ha producido un importante impulso en el tortuoso proceso de homogeneización de la protección social de este colectivo. Sin embargo, la continuidad del Régimen de Clases pasivas para aquellos funcionarios que ingresaron en la Administración antes de esa fecha, así como el mantenimiento de la acción protectora del mutualismo administrativo, pone de manifiesto que aún queda mucho camino por recorrer en la consecución de esa pretensión legal de homogeneización.

Además, podemos afirmar que las medidas adoptadas, lejos de simplificar el sistema de protección social de los funcionarios, ha venido a generar aún más categorías diferenciadas en función de donde hayan quedado encuadrados los distintos colectivos, incrementando su complejidad y dispersión.

Como a corto plazo, no parece viable una armonización de conjunto, podría ponerse en marcha una primera etapa transitoria de simplificación del régimen jurídico actual, tanto del sistema de Clases Pasivas hasta su desaparición por muerte natural, como del mutualismo administrativo, mediante la integración de las tres mutualidades de funcionarios en una sola hasta su integración plena en el RGSS, que algunos autores proponen que pudiera llevarse a cabo a través de un Sistema especial.

La evidente complejidad subjetiva existente en el sistema actual de protección social de los funcionarios, su ingente diversidad y su dispersión normativa hace necesario establecer fórmulas que estén en armonía con la evolución y las tendencias de funcionamiento de nuestro moderno Sistema de Seguridad Social.

## 6. REFLEXIONES FINALES

La estructura del Sistema español de Seguridad Social se ha caracterizado, desde sus inicios, por su fragmentación y estructura dualista, ya que junto a una protección común o general constituida por el Régimen general, diseñado como ideal de cobertura, se establecieron unos mecanismos protectores de determinados colectivos, englobados en lo que se conoce como regímenes especiales, entre los que se encuentran los de los funcionarios públicos.

Si bien la actual LGSS/2015, continúa justificando la existencia de regímenes especiales para determinados colectivos profesionales, se mantiene el reforzamiento legal de la tendencia a la homogeneidad y convergencia con el Régimen general, como paradigma y eje del Sistema de Seguridad Social, habiéndose puesto en marcha diversos procesos de integración gradual y progresiva de Regímenes especiales de determinados colectivos profesionales en el RGSS.

Debido a su propia evolución histórica, el sistema de protección social de los funcionarios públicos es el más fragmentado, desigual y con mayor dispersión normativa, requiriendo desde hace mucho tiempo de una profunda reforma. Si bien es cierto que el legislador es consciente de estas extraordinarias deficiencias que ha reiteradamente denunciado gran parte de la doctrina, no ha abordado de forma definitiva esa necesaria reforma de conjunto de estos regímenes protectores, constituyendo la asignatura pendiente del proceso de racionalización y simplificación de nuestro sistema de Seguridad Social.

La protección social especial de los funcionarios públicos en España ha permanecido en silencio y al margen de los debates sobre la viabilidad y el futuro del Sistema de Seguridad Social que arrancan de los Pactos de Toledo. Tal ausencia ha sido una confirmación del mundo aparte que ha constituido siempre el mutualismo administrativo y el sistema de Clases pasivas en relación, no solo con los trabajadores del sector privado, sino incluso con demás funcionarios que desde los años ochenta se han integrado en el RGSS o ya lo estaban desde el principio.

Un paso decisivo en la tendencia a la reconducción de los Regímenes especiales de Seguridad social de los funcionarios hacia el RGSS tuvo lugar con el Real Decreto-Ley 12/2010, de 3 de diciembre, que acuerda la inclusión en el RGSS de los funcionarios públicos y de otro personal de nuevo ingreso a partir del 1 de enero de 2011, lo que supuso el inicio del fin del vetusto sistema de clases pasivas. No obstante, dicha integración solo afecta a las pensiones, quedando a salvo la protección que otorga a dicho colectivo el mutualismo administrativo.

Declarada formalmente la extinción de uno de los dos mecanismos de cobertura de los Regímenes especiales de Seguridad Social de funcionarios—el Régimen de Clases pasivas— y tras el definitivo traspaso de su gestión al INSS, ha surgido con más fuerza el debate en torno a la justificación de la supervivencia del Mutualismo administrativo y, por ende, de los citados Regímenes especiales, sobre todo teniendo en cuenta que únicamente otorgan protección a un pequeño colectivo de funcionarios.

La evidente complejidad subjetiva existente en el sistema actual de protección social de los funcionarios, su ingente diversidad y su dispersión normativa hace necesario establecer fórmulas que estén en armonía con la evolución y las tendencias de funcionamiento de nuestro moderno Sistema de Seguridad Social. Ante esta situación la doctrina mayoritaria se inclina, bien a favor de la extinción del mutualismo administrativo y su posterior integración en el RGSS, bien a favor del establecimiento de un único sistema de protección social mutualista para los funcionarios públicos que integre los tres existentes en la actualidad y que ponga fin a su complejidad y dispersión normativa.

En todo caso, la pretendida integración en el RGSS, como la tendencia lógica dirigida a la creación de dos regímenes públicos de Seguridad social, uno que integraría a todos los trabajadores por cuenta ajena, en el que se incluirían a todos los funcionarios públicos sin excepción; y otro a los trabajadores por cuenta propia, exigirá un largo proceso de evolución y flexibilización, tanto de los mecanismos de protección social de los funcionarios, como del propio RGSS, que posibilite la coordinación interna

respetando las peculiaridades de los funcionarios incorporados y garantizando los derechos adquiridos o en curso de adquisición.

Ya que a corto plazo no parece viable una armonización de conjunto, podría ponerse en marcha una primera etapa transitoria de simplificación del régimen jurídico actual, tanto del sistema de Clases Pasivas hasta su desaparición por muerte natural, como del mutualismo administrativo, mediante la integración de las tres mutualidades de funcionarios en una sola, hasta su integración plena en el RGSS, que algunos autores proponen que pudiera llevarse a cabo a través de Sistema especial.

El tiempo lo dirá, pero todo apunta a que el mutualismo militar y, por ende, el Régimen especial de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, tal y como ha llegado hasta nuestros días, que no es sino el fruto de la evolución de aquellas precoces y pioneras mediadas e instituciones que protegieron a los hombres de armas desde la Baja Edad Media, solo será el recuerdo de un glorioso pasado, si bien nunca se le podrá negar su relevante contribución a la constitución del sistema de protección social de los funcionarios públicos, e incluso a la configuración del nuestro actual Sistema de Seguridad Social.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- Alarcón Caracuel, M. R. y González Ortega, S. (1988). *Las pensiones de los funcionarios públicos en España*. Madrid, Mapfre.
- Alonso Olea, M. (1977). *Instituciones de la Seguridad Social*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos.
- Alonso Olea, M. y Serrano Guirado, E. (1957). *La Seguridad Social de los Funcionarios Públicos*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos.
- Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J. L. (2002). *Instituciones de la Seguridad Social*. Madrid, Cívitas.
- Álvarez Roesete, A. (2009). Elaborados con calma, ejecutados con prisa. El avance de los seguros sociales del Instituto Nacional de Previsión en España entre 1936 y 1950. *La previsión social en la historia*. Madrid, Siglo XXI.
- Blasco Lahoz, J. F. López Gandía, J. y Momparler Carrasco, M. Á. (2005). *Los regímenes especiales de la Seguridad Social*. 4ª ed. Valencia, Tirant.
- Cabeza Pereiro, J. (2002). Convergencia entre regímenes. *Temas Laborales*. 66.

- De Torres Díez-Madroño, P. (2013). La integración en el régimen general de la Seguridad Social de los funcionarios públicos a partir del 1 de enero de 2011: Diferencias destacables con el Régimen Especial de Clases Pasivas del Estado. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*. Madrid, 104.
- García de la Rasilla Ortega, M. C. (1987). El Montepío Militar. La asistencia social en el Ejército de la segunda mitad del siglo XVIII. *Revista de Historia Militar*. Madrid. 63.
- Gonzalo González, B. y Nuño Rubio, J. L. (1997). *Seguridad Social de los funcionarios públicos en España*. Madrid, Marcial Pons.
- Gorell Hernández, J. et al. (2014). *Lecciones de Seguridad Social*. 4ª ed., Madrid, Técnos.
- Herráiz de Miota, C. (2005). Los Montepíos militares del siglo XVIII como origen del sistema de clases pasivas del Estado. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales. Economía y Sociología*. Madrid. 56.
- Monereo Pérez, J. L. (2011). Proceso de convergencia e integración de los regímenes de seguridad social: significación y aspectos críticos. *Temas Laborales, Revista andaluza de trabajo y bienestar social*. Madrid. 112.
- Jordana de Pozas, L. (1951). La seguridad social de los funcionarios públicos en España. *Cuadernos de Política Social*. Madrid. 12.
- Junquera González, J. (1975). Comentarios a la nueva Ley de Seguridad Social de los Funcionarios Públicos *Documentación Administrativa*, 164, Madrid.
- López García, J. (2005). La convergencia entre regímenes de Seguridad Social. *Temas Laborales, Revista andaluza de trabajo y bienestar social*. 81.
- Puell de la Villa, F. (2008). *Historia de la protección social militar (1265-1978). De la Ley de las Partidas al ISFAS*. Madrid, Instituto Social de las Fuerzas Armadas.
- Rodríguez Cardo, I. A. (2008). *La Seguridad Social de los Empleados, Cargos y Servidores Públicos*. Navarra, Thomson Aranzadi.
- Romero Lucas, I. M. (2022). *Ámbito subjetivo de la previsión social militar: evolución histórica y régimen vigente* [Tesis doctoral]. Universidad Rey Juan Carlos (Tesauro).
- (2022) *La previsión social militar: origen y evolución*. Madrid, BOE.,
- Segura Graíño, C. (2009) ¿Previsión social en la Edad Media? y Carasa, P. De la cultura de la protección a la cultura de la previsión. En: *La previsión social en la historia*. Madrid, Siglo XXI.

- Tortuero Plaza, J. L. y Panizo Robles, J. A. (2003). *Estructura del sistema de Seguridad Social. Convergencia de regímenes*. Madrid, Fundación Alternativas.
- Vida Soria, J. (1972). Régimen General y Regímenes Especiales en el Sistema de la Seguridad Social Española. *Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo*. Madrid. 3.



## **LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN LOS CASOS DE PRISIÓN PROVISIONAL NO SEGUIDA DE CONDENA**

Beatriz López Pesquera y Raúl Martínez Moreno  
*Fiscales*

### *Resumen*

En ocasiones, los medios de comunicación se hacen eco de casos en los que, tras una estancia en prisión provisional, el acusado no es condenado. Surge, entonces, la pregunta de qué hacer en tales supuestos. La respuesta la encontramos en la responsabilidad patrimonial del Estado.

El presente trabajo analiza esta responsabilidad. Para ello se estudiará su fundamento y sus requisitos, al tiempo que se hará referencia a la regulación de los países de nuestro entorno y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sin obviar la especial trascendencia que tuvo la STC 85/2019.

Por último, se examinarán distintos criterios de cuantificación y se harán algunas propuestas de regulación, asumiendo la difícil tarea de cuantificar los daños morales producidos por la prisión provisional.

La necesidad de una regulación expresa permitirá dotar de seguridad jurídica al sistema y contribuirá de forma decisiva a garantizar el principio de igualdad de trato de los ciudadanos.

*Palabras clave:* Libertad, Responsabilidad Patrimonial del Estado, Prisión Provisional, Daño Sacrificial.

## THE PATRIMONIAL RESPONSIBILITY OF THE STATE IN CASES OF PRE-TRIAL PRISON NOT FOLLOWED BY CONVICTION

### *Abstract*

Occasionally the media report cases where, after a stay in pre-trial detention, the accused is not convicted. The question then arises as to should be done in such cases. The answer lies in the financial liability of the state.

This paper analyses this liability. In order to do so, its bases and requirements will be studied, while reference will be made to the jurisprudence of the countries around us and to the case law of the Supreme Court, without neglecting the particular importance of the STC 85/2019.

Finally, various quantification criteria will be examined and some proposals for regulation will be made, taking on the difficult task of quantifying the moral damages caused by pre-trial detention.

The need for explicit regulation will bring legal certainty to the system and will make a decisive contribution to guaranteeing the principle of equal treatment of citizens.

*Keywords:* Freedom, State's Financial Liability, Pre-trial Detention, Sacrificial Damage.

### *Sumario:*

Introducción. 2. Fundamento de la compensación por prisión provisional sin posterior condena. 3. Derecho comparado. 4. Regulación actual en el ordenamiento jurídico español. 5. Requisitos para la aplicación del artículo 294.1 LOPJ. 6. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. 7. Conceptos indemnizables y criterios para su cuantificación. 8. Propuestas de regulación futura.

## 1. INTRODUCCIÓN

El *ius puniendi* se concibe como una facultad del Estado dirigida a sancionar a aquellos ciudadanos que, incumpliendo las normas vigentes, atentan contra los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico. Se trata de una potestad que, regida por los principios democráticos de interdicción de la arbitrariedad y, en definitiva, por el sometimiento de los

poderes públicos a la ley, es legítima y necesaria para garantizar el respeto a la ley, la paz social y, en definitiva, la convivencia.

El Estado puede, en consecuencia, sancionar al ciudadano que incumple determinadas leyes, siendo el derecho penal el arma más poderosa de que dispone para ello. En el ejercicio de dicha facultad, puede privar o limitar el ejercicio de alguno de sus derechos, incluso la libertad, siendo la más grave de las penas imponibles la de prisión. Para ello es necesario culminar un proceso establecido legalmente, público y con todas las garantías.

Sin embargo, en ocasiones resulta necesario acordar la adopción de determinadas medidas, por una parte, para asegurar la protección de los bienes jurídicos que el derecho penal tutela y, por otra, para garantizar las propias finalidades del proceso penal. La adopción de medidas cautelares en el seno de un proceso penal excede, por tanto, de las finalidades comunes a otros órdenes jurisdiccionales, tendentes, tal y como establece el artículo 721 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a «asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare». Se trata, por tanto, de servir a otras finalidades propias del proceso penal, tales como garantizar la presencia del investigado o acusado ante el tribunal, evitar su fuga, asegurar la protección de la víctima, o impedir la reiteración delictiva o la destrucción de pruebas.

Algunas de las medidas cautelares que pueden adoptarse en el proceso penal, participan de la misma naturaleza que las penas que finalmente pueden ser impuestas, afectando a los mismos derechos del investigado, incluida su libertad, prohibiéndole acudir a determinados lugares, residir en alguna población o aproximarse a una persona, hasta el supuesto más gravoso, como es el ingreso en prisión provisional.

Todos los convenios internacionales sobre derechos humanos, reconocen la libertad como un valor esencial del ser humano y al mismo tiempo establecen que la misma no podrá ser limitada por los poderes públicos sino en los casos y mediante el procedimiento establecido previamente en la ley, prohibiendo la arbitrariedad de los poderes públicos (véase, por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 1, 2 y 9; el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, artículo 9; o el Convenio Europeo de Derechos Humanos, artículo 6). En el mismo sentido se pronuncia la Constitución española en su artículo 17.

De acuerdo con lo expuesto, no cabe duda de la facultad del Estado para imponer a sus ciudadanos medidas que limiten su libertad en los términos relatados ante la comisión de un hecho delictivo conforme al procedimiento legal, incluso con carácter cautelar. La cuestión no plantea problemas en el caso de una posterior condena de aquel a quien se ha impuesto

la medida. Ahora bien, ¿qué ocurre en aquellos casos en que, impuesta una medida de prisión provisional, el investigado o acusado no es finalmente condenado?

Cuando la prisión provisional deriva de un error judicial o en los supuestos en se hubiera producido un anormal funcionamiento de la Administración de Justicia el fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado es similar a otro tipo de daños ocasionados al individuo, debiendo solo valorarse la entidad del perjuicio sufrido. Sin embargo, ¿tiene el ciudadano el mismo derecho a ser compensado cuando la prisión provisional ha sido acordada legalmente con todas las garantías?

La respuesta a esta pregunta es el objeto del presente artículo. Se analizará el fundamento de la compensación, sus requisitos y la cuantía de la indemnización, conforme a la normativa vigente, así como la jurisprudencia europea, constitucional y del Tribunal Supremo, con especial relevancia a la Sentencia del Tribunal Constitucional 85/2019, de 19 de junio. Igualmente, se formularán propuestas para una futura y necesaria regulación de la materia.

## 2. FUNDAMENTO DE LA COMPENSACIÓN POR PRISIÓN PROVISIONAL SIN POSTERIOR CONDENA

La primera cuestión que debe abordarse es el fundamento del derecho a ser compensado en el supuesto de haber sufrido una medida cautelar de prisión provisional sin posterior condena. Acudiendo a los citados convenios internacionales y declaraciones de derechos, ninguno de ellos contiene un principio explícito ni una norma que sirva de base para la reclamación de ese derecho.

En concreto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la cuestión, aclarando que el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) no otorga derecho a una indemnización por razón de prisión provisional adoptada legalmente en caso de finalización del procedimiento mediante sentencia absolutoria o sobreseimiento libre, ni con fundamento en el artículo 5 ni en el artículo 6.2 CEDH (SSTEDH de 25 de marzo de 1983, asunto *Minelli c. Suiza*; de 25 de agosto de 1987, asunto *Nölkenbockhoff c. Alemania*; de 25 de agosto de 1987, asunto *Englert c. Alemania*; de 25 de abril de 2006, asunto *Puig Panella c. España*; de 13 de julio de 2010, asunto *Tendam c. España*; de 16 de febrero de 2016, asuntos acumulados *Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España*).

En consecuencia, el fundamento del derecho de compensación debe buscarse en el derecho nacional.

Tras reconocer en el artículo 106.2 de la Constitución española (en adelante, CE) el principio general de responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de los servicios públicos, se recoge de manera específica en su artículo 121 la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de la Administración de Justicia, estableciendo el derecho a ser indemnizado por los daños causados por error judicial o como consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Tanto la previsión del artículo 106.2 CE como la del artículo 121 CE emanan del principio general de responsabilidad de todos los poderes públicos (artículo 9 CE) y han de ser calificadas como derechos de configuración legal, por diferir a la ley su regulación.

En este sentido, la STC 8/2017, de 19 de enero, recuerda que

«como se indica en nuestra STC 325/1994, de 12 de diciembre, FJ 4, al analizar los antecedentes del artículo 121 CE, la previsión de que los daños y perjuicios causados por error judicial conllevan una indemnización a cargo del Estado tiene su origen en la Ley de 24 de junio de 1933, durante la Segunda República, que adicionó un último párrafo al artículo 960 de la ley de enjuiciamiento criminal para el caso de que prosperara el recurso de revisión, como consecuencia de un error judicial y posteriormente se contempló, con mayor extensión, la responsabilidad objetiva del Estado, por el defectuoso comportamiento de la función judicial, introducida para la Administración pública en el año 1957 en su Ley de régimen jurídico (arts. 40 y 41) para ser recogida, con posterioridad, por el artículo 106.2 de la Constitución. Las dos modalidades ahora contempladas en la Constitución española (arts. 106 y 121 CE), emanación del principio general de responsabilidad de todos los poderes públicos (artículo 9.3 CE), han de ser calificadas como derechos de configuración legal, por deferir a la ley su regulación».

La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en desarrollo del artículo 106.2 CE, establece en su artículo 32.1 que:

«los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el

deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización».

En el apartado 7 del artículo 32 de la Ley 40/2015 se explicita que «la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial».

Pues bien, acudiendo a la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) de 1 de julio de 1985, la cuestión se contempla en su Título V del Libro III, que comprende los artículos 292 y siguientes en desarrollo del artículo 121 CE en este ámbito.

Dentro del mismo se recogen los supuestos de responsabilidad patrimonial por error judicial, por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y por prisión provisional no seguida de condena.

El artículo 294 LOPJ contempla la previsión específica referida a la prisión provisional no seguida de condena. Su apartado primero establece que: «Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos o haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios».

La STC 85/2019, en su FJ 3.º, afirma que

«el artículo 294 LOPJ constituye una previsión normativa específica que permite indemnizar supuestos de prisión preventiva legítima. [...] Esas situaciones de prisión provisional constitucionalmente legítimas obedecen a decisiones judiciales irreprochables, adecuadas en tanto se dan los presupuestos y requisitos para adoptar la medida cautelar en el proceso penal. No existe, pues, ni error del órgano judicial que acuerda la prisión preventiva ni funcionamiento anormal en su comprensión habitual».

El fundamento de la compensación dispuesta en el artículo 294.1 LOPJ no puede reconducirse estrictamente a la configuración constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado en el ámbito de la Administración de Justicia del artículo 121 CE, pues no existe una prisión preventiva erróneamente acordada por el juez ni es necesariamente fruto de un genérico funcionamiento anormal (FJ 7.º y 8.º); por ello, estos supuestos no son incardinables en la vía del artículo 293 LOPJ, al tratarse de una prisión provisional correcta y legítimamente acordada. Tampoco reside la finalidad

del precepto en satisfacer las exigencias indemnizatorias que el artículo 5.5 CEDH impone en la interpretación del artículo 17 CE, conforme al artículo 10.2 CE, para prisiones ilegales y arbitrarias. (FJ 3.º). El Tribunal Constitucional razona, tal y como ha reiterado el TEDH, que el artículo 6.2 CEDH no establece un derecho a ser indemnizado y que tampoco lo hace el artículo 24.2 CE.

Sentado lo anterior, el fundamento de la compensación dispuesta en el artículo 294.1 LOPJ, por tanto, se debe ubicar en el propio artículo 17.1 CE: «Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley».

Como recuerda el FJ 5.º de la STC 85/2019, «la prisión provisional constituye un supuesto de privación legítima de libertad amparado en la previsión del artículo 17.1 CE», encontrándose en íntima conexión con los deberes estatales de perseguir eficazmente el delito y de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano (STC 41/1982, de 2 de julio, FJ 2.º), imponiendo a la persona un sacrificio en aras del interés general encarnado por la protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos (STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 5.º).

Continúa el FJ 5.º de la STC 85/2019 argumentando que:

«En este contexto de justificación por el interés general, el ciudadano tiene el deber de tolerar las medidas legítimas de investigación que se adopten por los órganos estatales que ejercen el *ius puniendi* en aras del interés de la sociedad en el esclarecimiento de los hechos delictivos. Ese deber, sin embargo, conforme a lo dispuesto en el artículo 294.1 LOPJ, va unido a un derecho a ser indemnizado. [...] Es en conexión con la justificación de la prisión provisional por el interés general en detrimento del derecho individual donde se impone una compensación del sacrificio soportado por el ciudadano finalmente absuelto o cuya causa se sobreesió. [...] La persecución de intereses objetivos vinculados a la protección de la comunidad permite la limitación del derecho inviolable a la libertad, en las condiciones y en los casos previstos por la ley, pero también activa un mecanismo de compensación del extraordinario sacrificio que impone».

Este daño sacrificial encuentra su compensación, en aquellos supuestos en los que el procedimiento penal finaliza con una sentencia condenatoria, por vía de lo dispuesto en los artículos 58 y 59 Código Penal, esto es, a través del abono de la medida soportada a la condena impuesta.

Sin embargo, en los supuestos en los que el procedimiento penal no finaliza con una sentencia condenatoria, el mecanismo de compensación activado es el contemplado en el artículo 294.1 LOPJ mediante un resarcimiento que el Tribunal Constitucional ha considerado «vía adecuada de protección de los derechos fundamentales» (SSTC 181/2000, de 29 de junio, FJ8; 267/2000, de 13 de noviembre, FJ4; 105/2004, de 8 de junio, FJ3; 37/2011, de 28 de marzo, FJ4).

Llegados a este punto convendría preguntarse qué sucede en otros países.

### 3. DERECHO COMPARADO

En todos los países de nuestro entorno se prevén normas relativas a la reparación de los daños causados por errores judiciales o al concreto supuesto de detención o prisión provisional no finalizada en sentencia condenatoria, con las particularidades propias de cada sistema nacional. En la mayoría de los países se comprende la normativa reguladora de la cuestión dentro de las respectivas leyes o códigos de procedimiento penal, pero en otros casos, tales como Austria y Alemania, vienen regulados en leyes especiales, como se verá.

A continuación, se desarrollará un análisis de las distintas legislaciones europeas y de sus principales características, sobre todo en lo que se refiere a la ubicación sistemática de su regulación en la materia, el órgano competente para su tramitación y decisión, los supuestos indemnizables y la forma de cuantificar la indemnización. Este análisis comparativo presenta especial interés como base para la proposición de las modificaciones legislativas que pudieran resultar necesarias en el ordenamiento español.

Ha de comenzarse señalando que la mayoría de los países europeos no prevé una cuantía diaria por estancia en prisión, sino que establece que dicha cuantía será fijada por el órgano competente, en ocasiones de carácter judicial y, en otras, administrativo. Así, por lo que respecta al órgano competente para la resolución de la reclamación, existen estados que han optado por órganos de naturaleza administrativa, como Reino Unido, otros por órganos de naturaleza judicial, como Francia, Bélgica o Países Bajos, y otros por involucrar ambos tipos de órganos, como sucede en Alemania.

En Italia, la posibilidad de indemnización por error judicial tiene rango constitucional, estableciéndose en el artículo 24 de su Constitución que «la ley determinara las condiciones y modalidades de reparación de los errores judiciales», siendo, por tanto, la ley quien debe desarrollar tal derecho.

Este desarrollo legislativo se encuentra en los artículos 314 y siguientes del Codice di Procedura Penale.

La legislación italiana no establece una cuantía concreta de compensación, haciéndose referencia a que la reparación ha de ser justa y estableciendo en el artículo 315 del Codice di Procedura Penale que la misma no podrá exceder de 516.456,90 euros.

En Portugal, existe previsión constitucional relativa al supuesto concreto de privación judicial de libertad. Así, el artículo 27.5 de la Constitución de la República de Portugal establece que «el Estado debe indemnizar al perjudicado por una privación de libertad contra lo establecido en la Constitución o en la Ley constituyente».

Dicho principio general tiene desarrollo en los artículos 225 y 226 del Código de Processo Penal. Los supuestos contemplados han sido interpretados por el Tribunal Constitucional portugués, siendo significativa la sentencia n.º 185/2010, en la que se establece que no se considera prisión provisional injustificada cuando el investigado es absuelto con fundamento en el principio *in dubio pro reo*.

En cuanto a la cuantía de la compensación, el artículo 226 del Código de Processo Penal indica que, para el caso de que el perjudicado hubiera fallecido y no hubiera renunciado a dicha indemnización, esta puede ser requerida por el cónyuge no separado, descendientes o ascendientes; en estos casos, la indemnización no podrá, en conjunto, superar la cantidad que le correspondiera al detenido o preso.

En el ordenamiento jurídico francés se prevé la posibilidad de indemnización en supuestos de prisión provisional en los artículos 149 y siguientes del Code de procédure pénale desde 1970, bajo la rúbrica «De la réparation à raison d'une détention».

Con este procedimiento, se trata de compensar el perjuicio que la prisión provisional ha causado a quien se ha visto involucrado en un proceso penal y posteriormente, bien se produce un archivo de la causa antes de celebrarse el juicio, bien se llega a juicio y aquel es absuelto. La ley habla de que tiene derecho a la «reparación integral del perjuicio moral y material que le ha causado» la detención.

Dentro de la indemnización, la jurisprudencia francesa ha venido incluyendo, de forma amplia, todo perjuicio causado al interesado, a saber, material o económico (incluye el daño emergente y el lucro cesante, v. g. el despido en el trabajo o la pérdida de la posibilidad de encontrarlo) y moral (v. g. conmoción que produce estar en la cárcel, posibles violencias sufridas en la cárcel por parte de otros presos, alejamiento de la familia, aparición de una enfermedad causada por la situación de prisión, etc.).

No se establece cuantía para dicha indemnización, sino que se vincula a la reparación íntegra del perjuicio moral y material causado. Para la fijación de dicha cuantía se acude a un peritaje contradictorio.

Por último, es interesante destacar que la Ley de 15 de junio de 2002 creó una «comisión de seguimiento de la prisión provisional», dentro del Ministerio de Justicia, compuesta por dos parlamentarios, un magistrado de la Cour de Cassation, un miembro del Consejo de Estado, un profesor de Derecho, un abogado y un representante de un organismo dedicado a la investigación judicial. Esta comisión elabora un informe anual, en el que se valoran los supuestos de hecho en los que se ha producido la situación que se viene analizando.

El sistema francés sirvió de modelo a la regulación que se ofrecía en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, al que más adelante se hará referencia.

Los Países Bajos regulan la materia en los artículos 89 a 93 del Código Procesal Penal, contemplando expresamente en el artículo 89 la posibilidad de acceder a la compensación tanto cuando la privación de libertad se acordó por un órgano nacional, como cuando fue adoptada por autoridades extranjeras como consecuencia de una petición de las autoridades holandesas para su extradición.

El artículo 90 del Código Procesal Penal establece que el tribunal acordará la concesión de la indemnización, tomando en cuenta todas las circunstancias concurrentes, por razones de equidad. En la determinación de la cuantía de la indemnización se valorarán, también, las circunstancias del sospechoso anteriores a la prisión provisional.

Si el tribunal decide conceder la indemnización, la cuantía a pagar se compensará con las multas y otras sumas de dinero adeudadas al Estado que el solicitante haya sido obligado a pagar por sentencia. Como alternativa a la adjudicación de una indemnización, el tribunal puede decidir que los días de privación de libertad sean deducidos, en parte o en su totalidad, en la ejecución de penas de prisión recaídas en otras causas.

La regulación belga se contempla en los artículos 27 a 29 de la Ley de 13 de marzo 1973, relativa a la indemnización en caso de detención preventiva inoperante. El artículo 27 de la ley de 1973 no circunscribe el derecho a la reparación a los casos de prisión provisional no seguida de condena, sino a cualquier supuesto en el que se haya vulnerado lo dispuesto en el artículo 5 CEDH.

El artículo 28 de la ley de 1973 exige que la privación de libertad haya sido superior a ocho días y, por lo que respecta al importe de la

compensación, indica que se fija con equidad teniendo en cuenta todas las circunstancias de interés público y privado, pudiendo abonarse el tiempo de privación de libertad a otras penas que tuviera pendientes de cumplimiento.

En el Reino Unido, los artículos 133, 133A y 133B de la Ley de Justicia Penal de 1988 se refieren específicamente a supuestos de condena y posterior revocación de esta.

No se establece una concreta cantidad indemnizable, sino que dicha cantidad será fijada por un asesor designado por el secretario de Estado. Se deberán tener en cuenta para la fijación de la indemnización la gravedad del delito por el que se condenó a la persona y la severidad del castigo sufrido, o la pérdida de ingresos, estableciéndose un límite cuantitativo absoluto, que como norma general será de £ 500.000, salvo los detenidos por más de diez años, que se eleva a un millón.

Como ya se ha indicado, en Alemania existe una ley especial al respecto, en concreto la Ley de indemnizaciones de medidas cautelares de 8 de marzo de 1971.

Esta norma prevé expresamente la ampliación de los legitimados a solicitar la compensación al titular de un derecho de alimentos frente el preso preventivo, que no pueda recibirlos durante el periodo de prisión preventiva.

Se sigue el principio general de que han de ser compensados la totalidad de los daños económicos producidos, lo cual incluye la pérdida de bienes, de salarios o ingresos, restauración de la salud psíquica, costas de defensa, etc. y se establece una cantidad para los daños no pecuniarios de 25 euros por cada día de tal privación.

Austria cuenta con una ley especial del año 2005, la Ley Federal de Compensación por Daños después de un Castigo Penal, en la que, junto con los supuestos en los que la prisión provisional no es seguida de condena, se incluyen aquellos en los que la condena lo sea a una pena menos gravosa.

En cuanto a la cuantía de la indemnización, se fija una cuantía concreta, determinable entre un mínimo de 20 euros y un máximo de 50 euros por día de prisión, teniendo en cuenta la duración de la prisión y las circunstancias personales del privado de libertad.

Una vez examinada la legislación de países de nuestro entorno, debe analizarse la regulación en nuestro país.

#### 4. REGULACIÓN ACTUAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Como se ha señalado anteriormente, el artículo 106.2 CE se encuentra desarrollado en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuyo artículo 32.7 remite a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial para la regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia.

Pues bien, ya se ha indicado que la LOPJ regula precisamente la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia en el Libro III, Título V, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el cual comprende los artículos 292 a 296. Dentro del mismo se recogen los supuestos de responsabilidad patrimonial por error judicial, por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y por prisión provisional no seguida de condena.

En concreto, la LOPJ dedica su artículo 294 a la regulación del supuesto específico de la responsabilidad patrimonial no seguida de condena. Al análisis de dicho precepto se dedicarán los siguientes apartados de este trabajo.

El legislador optó por establecer un procedimiento para la reclamación de carácter administrativo, igualándolo al previsto para los supuestos de error judicial y de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, pero sin la necesidad de recabar previamente resolución judicial que legitime la reclamación como en el caso del error judicial. En concreto, el apartado 3 del artículo 294 se remite al artículo 293.2, según el cual: «el interesado dirigirá su petición indemnizatoria directamente al Ministerio de Justicia, tramitándose la misma con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del estado. Contra la resolución cabrá recurso contencioso-administrativo».

El plazo para el ejercicio de la acción es de un año desde que pudo ejercitarse. Esto supone que el *dies a quo* para el inicio del cómputo será el de la firmeza de la resolución que fundamente la reclamación, es decir, el de la sentencia absolutoria o del auto de sobreseimiento libre.

El procedimiento administrativo habrá de seguir las normas generales establecidas en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, con las especialidades previstas en sus artículos 65 y 67, referentes a los procedimientos de responsabilidad patrimonial. Más relevante resulta ser el artículo 81, que prevé la necesidad de que, en los supuestos de que las indemnizaciones reclamadas excedan de 50.000 euros, deba recabarse de forma preceptiva

informe del Consejo de Estado. La única norma específica en materia de reclamaciones relativas a la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia viene recogida en el apartado 3 del mismo artículo, que exige el preceptivo informe del Consejo General del Poder Judicial al respecto.

Por tanto, a diferencia de otros países europeos, tal y como vimos en el apartado anterior, no existe una regulación completa o independiente de los supuestos de responsabilidad por prisión provisional. Las escasas especialidades procedimentales y, sobre todo, la parca regulación de derecho sustantivo, que se limita a dos apartados de un artículo, ha de ser analizada examinando la jurisprudencia derivada de su aplicación, en la que se conjugan los principios generales del derecho de daños, de la responsabilidad patrimonial de la Administración, del derecho penal y del derecho procesal Penal.

Ahora bien, debe tenerse presente que la redacción actual del apartado primero del artículo 294 LOPJ es resultado de la Sentencia del Tribunal Constitucional 85/2019, de 19 de junio, que resuelve la cuestión interna de inconstitucionalidad 4314-2018, que concluyó la inconstitucionalidad del inciso que realizaba el precepto referido a la necesidad de que la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento libre lo fueran por «inexistencia objetiva del hecho», resultando como consecuencia una nueva redacción del artículo que conlleva unas consecuencias legales y prácticas de suma importancia.

Desde un punto de vista cuantitativo, la referencia que hacía el artículo a la «inexistencia objetiva del hecho» suponía la fijación de un supuesto de hecho, necesario para generar el derecho a la indemnización, tan estricto que comportaba la exclusión de la amplia mayoría de las reclamaciones administrativas, de tal forma que eran muy escasas las que prosperaban ya lo fueran en vía administrativa o jurisdiccional.

De aquí se deriva otra consecuencia, a saber, la casi sistemática desestimación de la pretensión indemnizatoria ante el incumplimiento de tan estrecho supuesto de hecho comportaba que el cuerpo jurisprudencial orbitara alrededor del mismo, sin que hubiera lugar a que los tribunales se pronunciaran sobre situaciones concretas, requisitos o sobre los conceptos indemnizables hasta que, tras el decaimiento del citado requisito como consecuencia la sentencia del Tribunal Constitucional, la jurisprudencia haya debido empezar a analizarlos.

Como consecuencia de ello, desde la STC 85/2019, se viene conformando un cuerpo jurisprudencial que tiene como base, además de las sentencias del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional (órgano judicial

competente en esta materia), la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en esta materia ha estimado varias demandas formuladas ante reclamaciones por prisión provisional (algunas de ellas contra España). La propia STC 85/2019 ofrece algunas importantes pautas interpretativas de fundamental relevancia para la aplicación del precepto.

En concreto, conviene recordar los motivos que llevan al Tribunal Constitucional a declarar la inconstitucionalidad de la referencia a la «inexistencia objetiva del hecho». Considera el Tribunal que los incisos declarados inconstitucionales suponen una vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE, ya que «obligan a examinar las razones en que se basa la decisión de no condenar o sobreseer en el procedimiento penal para identificar la concurrencia del hecho de la norma: la inexistencia del hecho imputado» (FJ 11). Al reconocerse el derecho a la indemnización de forma selectiva, el propio criterio de selección introduce dudas sobre la inocencia del procesado no condenado, al diferenciar entre la probada inexistencia objetiva del hecho del resto de supuestos, lo que considera incompatible con el artículo 24.2 CE.

Igualmente, considera vulnerado el principio de igualdad del artículo 14 CE al circunscribir la posibilidad de indemnización al supuesto de inexistencia objetiva del hecho, excluyendo otros, de tal forma que crea una diferencia injustificada de trato entre supuestos de prisión provisional no seguida de condena, incompatible con el principio de igualdad.

Depurada la tacha de inconstitucionalidad del artículo 294.1 LOPJ, ¿qué requisitos exige el precepto para activar el mecanismo de compensación analizado?

## 5. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 294.1 LOPJ

Como ya se ha expuesto, el TEDH ha venido afirmando que no puede derivarse un derecho a la compensación por prisión provisional no seguida de condena de forma objetiva y automática de las previsiones contenidas en los arts. 5 y 6 CEDH<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Ver SSTEDH de 25 de marzo de 1983, asunto Minelli c. Suiza; de 25 de agosto de 1987, asunto Nölkenbockhoff c. Alemania; de 25 de agosto de 1987, asunto Englert c. Alemania; de 25 de abril de 2006, asunto Puig Panella c. España; de 13 de julio de 2010, asunto Tendam c. España; de 16 de febrero de 2016, asuntos acumulados Vlieland Boddy y Marcelo Lanni c. España.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en la citada STC 85/2019, fundamenta el derecho a la compensación por la prisión provisional no seguida de condena, no en el artículo 24.2 CE, sino en el artículo 17 CE, esto es, en el derecho a la libertad, en los términos en los que se configuran en el artículo 294.1 LOPJ, descartando cualquier tipo de automatismo en su aplicación.

Así, sostiene el Tribunal Constitucional que

«el hecho de que la compensación no sea automática en todo supuesto de prisión preventiva legítima no seguida de condena es un escenario plausible y acorde con el panorama aplicativo habitual en los países de nuestro entorno, donde tampoco se contempla una práctica indemnizatoria mecánica y sin excepciones por la privación de libertad en un proceso penal no seguida de condena más allá de las diferencias regulativas existentes. [...] Debe entenderse que los presupuestos y el alcance de la indemnización previstos en el artículo 294.1 LOPJ habrán de acotarse a través de la eventual intervención legislativa y, en su ausencia, mediante las interpretaciones congruentes con su finalidad y la teoría general de la responsabilidad civil que realicen la administración y, en último término, los órganos judiciales» (STC 85/2019).

Partiendo de que la concurrencia y acreditación de los requisitos establecidos en el artículo 294.1 LOPJ resulta necesaria, pero no suficiente *per se*, para la activación del mecanismo de compensación, debe procederse a su análisis.

En primer lugar, aunque pueda parecer una obviedad, una mera lectura del precepto permite concluir que la única medida cautelar que activa el mecanismo de compensación del artículo 294.1 LOPJ, es la prisión provisional acordada conforme a las previsiones de los artículos 502 y siguientes LE-Crim. Es decir, ninguna otra medida cautelar de naturaleza personal o real adoptada en un procedimiento penal generará tal derecho de compensación, lo que no impide que tales situaciones puedan resultar indemnizables conforme a lo establecido en el artículo 293 LOPJ en supuestos de error judicial o de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

Podrían suscitarse dudas en cuanto a la detención, esto es, si la misma permitiría la activación del mecanismo de compensación, si bien en este caso deben tenerse en cuenta las limitaciones temporales que le son propias, derivadas directamente del artículo 17 CE, lo que hace que no suponga para el detenido un condicionamiento en el desarrollo de sus relaciones sociales, familiares, de pareja, laborales, etc., como en los supuestos más

prolongados de prisión provisional. La escasa duración de tales medidas y la falta de inclusión del sujeto en el régimen penitenciario no implican, por tanto, daños diferentes y adicionales lo suficientemente relevantes para poder constituir un motivo de indemnización propio, independiente de los efectos perjudiciales que para cualquier persona supone el sometimiento a un procedimiento penal, en el que se adoptan decisiones que le afectan sustancialmente (detención, orden de alejamiento, prohibición de salida del territorio nacional, embargo de bienes, bloqueo de cuentas bancarias, etc.) que no dan derecho a indemnización salvo en los ya comentados supuestos de error judicial o de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Por ello, no se rebasa el umbral mínimo de sacrificio exigible, al que hace referencia la STC 85/2019, para generar derecho a indemnización.

En segundo lugar, el procedimiento penal en el que se haya acordado la prisión provisional ha de haber finalizado por sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre.

El propio artículo 294.1 LOPJ circunscribe las resoluciones con las que debe finalizar el procedimiento penal, integradoras de unos de los requisitos necesarios para activar el mecanismo de compensación, a dos, a saber, las sentencias absolutorias y los autos de sobreseimiento libres; sobreentendiéndose en ambos casos que deben ser resoluciones firmes.

La aparente simplicidad de este requisito entraña cuestiones que la jurisprudencia ha ido respondiendo, tales como si por sentencias absolutorias debe entenderse solo las que suponen la absolución de todos los delitos enjuiciados o cabe admitir las sentencias absolutorias parciales, o si puede equipararse el sobreseimiento provisional al libre.

Por lo que respecta a la primera de las cuestiones planteadas, el Tribunal Supremo, entre otras en la STS 791/2022, de 20 de junio, concluye que, acordada la prisión provisional en relación con dos o más delitos, «no es preciso que finalmente se produzca la absolución de todos los delitos que motivaron aquella; para aquel reconocimiento [resarcitorio] basta con que se constate judicialmente la inexistencia del delito que principalmente sustentó la situación de prisión indebida, aunque se confirme finalmente la condena a pena privativa de libertad por otro delito».

Esta conclusión debe integrarse con lo expuesto por el Tribunal Constitucional en STC 85/2019:

«A tenor de lo expuesto, desde la estricta finalidad de la previsión indemnizatoria de resarcir los extraordinarios daños fruto de la privación cautelar legítima de la libertad, resulta incomprensible circunscribir los supuestos indemnizables a aquellos en que la absolución o

el sobreseimiento obedecen a la inexistencia del hecho imputado, que, además, ha debido probarse en el proceso penal. El sentido resarcitorio de la disposición es ajeno al dato de si la ausencia de condena se debe a que no existió el hecho, resultaba atípico, no concurre conexión de autoría o participación, no se alcanzó a probar más allá de toda duda razonable los anteriores extremos o a si concurre legítima defensa u otra circunstancia eximente. Ninguna de las anteriores circunstancias incide y, por tanto, hace decaer la finalidad de compensar el sacrificio del privado de libertad. Esas otras situaciones de prisión preventiva no seguida de condena desencadenan el mismo daño».

Por lo que respecta a la cuestión relativa a la posibilidad de considerar el auto de sobreseimiento provisional como título generador del derecho a compensación, el tenor literal del artículo 294 LOJPJ impide, en principio, considerarlo así, al hacer referencia dicho precepto exclusivamente a autos de sobreseimiento libre y sentencias absolutorias. La diferencia entre una y otras resoluciones no puede entenderse caprichosa o irracional, sino que tiene un fundamento procesal claro y justificado. Resulta inherente al carácter del sobreseimiento provisional, como su propio nombre indica, su revocabilidad, es decir, su provisionalidad, debiendo ser dictado el mismo cuando, en un momento procesal concreto, no resulte debidamente justificada la perpetración del delito o cuando no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores.

El carácter provisional implica una consecuencia procesal de fundamental importancia, como es la ausencia de cosa juzgada y la consiguiente posibilidad de reapertura del procedimiento contra la misma u otras personas en caso de que resultaran removidas las circunstancias que hubieran motivado la decisión de sobreseer el procedimiento. Supone, en consecuencia, una mera suspensión del procedimiento por no concurrir los requisitos necesarios para su continuación. Los motivos tanto para el sobreseimiento libre como para el sobreseimiento provisional aparecen tasados, para uno y otro caso, en los artículos 637 y 641 LECrim, respectivamente, sin que pueda acordarse uno u otro de forma indistinta, sino lo que proceda en cada caso.

Para el caso de estimar el investigado que no procede el sobreseimiento provisional, sino el libre, por entender que el supuesto concreto tiene encaje en los supuestos del artículo 637 LECrim, podrá recurrir el auto que así lo acuerda y, en todo caso, le quedará la posibilidad de solicitar la compensación por prisión provisional una vez que, por prescripción o por

cualquier otra causa, no resulte posible la reapertura del procedimiento y el sobreseimiento provisional se transforme en libre, o para el caso de que se hubiera acordado la reapertura y tras el correspondiente juicio oral, se dictase una sentencia absolutoria.

Sentado lo anterior, no puede obviarse que con la redacción del artículo 294.1 LOPJ previa a la STC 85/2019, la jurisprudencia equiparó en determinados casos el auto de sobreseimiento provisional al auto de sobreseimiento libre entrando a valorar el contenido del mismo, afirmando que

«a lo que habrá de atenderse es, más que a la denominación que el juzgado de instrucción haya dado al auto de sobreseimiento en su parte dispositiva, al contenido real de dicho auto, de tal forma que si el juzgado lo ha denominado como sobreseimiento (provisional), pero realmente fundamenta un sobreseimiento libre por hallarse incardinado el hecho en los motivos del artículo 637, en este caso habrá de prevalecer el fundamento del auto más allá de su mera denominación. Habrá de verse por tanto si en el caso de autos la resolución adecuada para el recurrente no era el sobreseimiento provisional sino el libre y para ello al margen de la concreta denominación ha de estarse a si en realidad el sobreseimiento responde a la apreciación de una inexistencia objetiva que implicara una exoneración definitiva de responsabilidad» y «se ha de atender al auténtico significado de la resolución pronunciada por la jurisdicción penal, sin que para ello resulten decisivas las expresiones, más o menos acertadas...» (SSTS de 30 de abril de 1990, 19 de junio de 1990, 26 de Junio de 1999 y SAN de 24 abril de 2019). La consecuencia, en estos casos, sería que esta resolución sí podría considerarse título generador del derecho de indemnización, si concurren el resto de requisitos necesarios para ello.

Respecto de los supuestos de sobreseimiento provisional, la STE-DH Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España, de 16 de febrero de 2016, sostiene una argumentación similar a la expuesta. En dicha sentencia se llega a afirmar que «el carácter provisional del sobreseimiento dictado en el presente caso no puede ser determinante», equiparando en consecuencia sobreseimiento provisional y sobreseimiento libre, añadiendo que «[el auto de sobreseimiento provisional pone] término a la instrucción mediante una declaración de no culpabilidad del acusado, al igual que una sentencia absolutoria dictada al término de la fase de enjuiciamiento y con los mismos efectos al respecto».

Ahora bien, la argumentación referida de dicha sentencia no constituye el fundamento último de la decisión adoptada por el TEDH, sino que se estima la demanda porque la motivación utilizada para la denegación de indemnización deja planear una duda sobre la inocencia del demandante.

La STEDH cita a favor del argumento de equiparación del sobreseimiento provisional y el sobreseimiento libre la propia sentencia de la Audiencia Nacional (SAN 11 de febrero de 2010) impugnada, que a su vez cita otras dos del Tribunal Supremo (SSTS 30 de abril de 1990 y 19 de junio de 1990), lo que le sirve para afirmar que «el auto decidiendo el levantamiento del procesamiento en razón de la inexistencia de indicios racionales respecto de la responsabilidad penal del procesado, como es aquí el caso, podía asimilarse, a este respecto, a un auto de sobreseimiento libre». Es decir, que la equiparación que realizaban los tribunales nacionales no hacía referencia a la provisionalidad del sobreseimiento, sino a la inexistencia objetiva y subjetiva.

Conforme a la propia jurisprudencia del TEDH, la decisión de un tribunal penal que declara la no culpabilidad, ha de ser respetada por toda autoridad judicial o administrativa posterior, de tal forma que estas no podrán establecer ninguna duda sobre la inocencia de quien no ha sido condenado. Ahora bien, el propio TEDH supedita este principio general a que la resolución penal se haya pronunciado sobre el fondo del asunto mediante una resolución definitiva, de tal forma que distingue entre los procedimientos en que existe una decisión sobre el fondo de la acusación, respecto de las que no pueden establecerse sospechas sobre la inocencia de quien no fue condenado, de aquellas en que no se ha producido dicha resolución sobre el fondo, en cuyo caso sí resultará admisible (SSTEDH Sekanina c. Austria; Lamanna c. Austria; Allen c. Reino Unido; Engler c. Alemania y Nolkenbockhoff c. Alemania). Si bien es cierto que, en los supuestos de sobreseimiento provisional, se realiza una valoración sobre el fondo del asunto, en concreto sobre los elementos probatorios o indiciarios resultantes tras la fase de instrucción, dicha valoración no puede considerarse definitiva, puesto que se limita a analizar, en un momento concreto, si procede la continuación del procedimiento contra persona determinada, lo cual supone la suspensión del procedimiento en un momento concreto, con la posibilidad de reapertura posterior. Debe insistirse en esta cuestión, cuál es la naturaleza provisional, revocable y no definitiva del sobreseimiento.

En tercer lugar, el artículo 294.1 LOPJ exige, como consecuencia de los dos requisitos anteriores, que se hayan irrogado perjuicios. A priori, la concurrencia de este requisito puede parecer superflua, puesto que cualquier situación de prisión provisional generará daños en la persona que

sufre dicha medida cautelar. En este sentido, se ha venido sosteniendo por la jurisprudencia que «a cualquiera le supone un grave perjuicio moral el consiguiente desprestigio social y la ruptura con el entorno que la prisión comporta, además de la angustia, ansiedad, inseguridad, inquietud, frustración, fastidio, irritación o temor que suele conllevar» (por todas, STS 791/2022, de 20 de junio).

A pesar de lo manifestado en el párrafo anterior, dentro del concepto «perjuicio» cabría incluir otros distintos, respecto de los cuales han de concurrir los requisitos jurisprudencialmente establecidos en el derecho general de daños, es decir, el perjuicio ha de ser evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas y ha de existir una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal, esto es, ha de ser un daño individual económicamente evaluable fruto de un sacrificio de especial intensidad no catalogable como limitación del derecho y a cuyo desencadenamiento no haya contribuido el perjudicado.

Atendiendo a la finalidad y el fundamento del artículo 294.1 LOPJ, no podrán considerarse «perjuicios» en los términos exigidos en el precepto las situaciones de prisión provisional que, aunque seguidas de sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre, no supongan mayor limitación, restricción o sacrificio del derecho a la libertad, como ocurre en aquellos supuestos de cumplimiento simultáneo de la prisión provisional con cualquier otra privación de libertad no indemnizable, puesto que en estos casos el sujeto ya habría visto su derecho restringido por el cumplimiento de otra privación de libertad (ya sea cautelarmente ya sea impuesta como condena en sentencia firme) sin que la prisión provisional que se pretenda habilitante de la pretensión indemnizatoria hubiera por tanto añadido nada a esta situación, que se habría producido igual e independientemente de la adopción de la medida.

Esto es, habrán de entenderse excluidos los supuestos de coincidencia temporal de la prisión provisional, cuya compensación se pretende con la privación de libertad del mismo sujeto por otro título diferente. Es decir, que haya sufrido prisión provisional en más de una causa penal o que coincida la prisión provisional con el cumplimiento de una pena de prisión. En estos casos no se produciría una efectiva privación de libertad por el título por el que se pretende ser indemnizado, puesto que también lo estaba por otras causas que no otorgan derecho a compensación.

Junto con aquellos supuestos de no concurrencia de alguno de los requisitos exigidos por el artículo 294.1 LOPJ, siguiendo las propias indi-

caciones del Tribunal Constitucional, relativas a la necesidad de realizar una interpretación congruente con la finalidad del precepto y de acudir a la teoría general de la responsabilidad civil y los criterios del derecho general de daños, resultarían excluidas pretensiones indemnizatorias con base en principios generales del derecho civil, como son el principio de prohibición del enriquecimiento injusto o indebido, el principio *compensatio lucri cum damno* y la contribución causal del propio reclamante en la adopción de la medida cautelar de prisión provisional.

El primero de los principios enunciados, esto es, el principio de prohibición del enriquecimiento injusto o indebido, trata de evitar los supuestos de duplicidad indemnizatoria por un mismo período temporal, aunque la privación de libertad correspondiera a causas o procedimientos diversos. Esto es, aquellos casos en que, durante el periodo de prisión provisional habilitante, el solicitante haya estado sujeto simultáneamente a otra medida cautelar de prisión de la que se haya derivado responsabilidad patrimonial, ya que se produciría una duplicidad indemnizatoria proscrita por los principios generales del derecho de daños.

En segundo lugar, el principio de la *compensatio lucri cum damno*, expresamente citado por el Tribunal Constitucional, determinaría que no fueran resarcidos los daños que quedasen compensados con la obtención de otras ventajas por parte del reclamante. Se trata de aquellos casos en que el periodo de prisión provisional respecto del que se solicita indemnización se haya abonado en otra causa, conforme a los artículos 58 y 59 del Código Penal, puesto que, para el caso de simultanear el abono en otra causa y la indemnización, se produciría un resultado de evidente enriquecimiento injusto.

En tercer lugar, la relevancia causal de la conducta del reclamante en la adopción de la medida cautelar de prisión provisional se refiere a todos aquellos casos en los que no exista una desconexión causal entre la actuación del sujeto y la adopción de la medida cautelar, pues faltaría el requisito de la ajenidad respecto del daño. Esta circunstancia será apreciada siempre que el sujeto hubiera contribuido de manera determinante a la adopción de la medida de prisión provisional con actos anteriores, concomitantes o posteriores a la decisión judicial sobre su situación personal; serían supuestos tales como la confesión fraudulenta o declaración mendaz del preso que hubiera determinado que, con base en tal confesión o declaración, se acordara su prisión provisional.

Igualmente, el hecho de que la prisión provisional se hubiera adoptado como consecuencia de la propia conducta procesal del investigado. El mero sometimiento a un procedimiento penal conlleva la exi-

gencia de una serie de obligaciones para cualquier persona, entre otras, encontrarse a disposición del tribunal, cumplir otras medidas cautelares impuestas o acudir a los llamamientos judiciales, sea para la práctica de diligencias o para la celebración del juicio oral o las vistas que correspondan. En aquellos casos en que el propio sujeto incumple tales obligaciones procesales y la prisión provisional trae causa precisamente de tal incumplimiento, quien lo ha provocado no puede posteriormente solicitar compensación por dicha prisión provisional. Englobaría esta causa de exclusión aquellos supuestos de falta de presentación del sujeto a juicio, vulneración de la prohibición de salida de territorio nacional, falta de cumplimiento de compareencias *apud acta* a las que estaba obligado, quebrantamiento de una orden de alejamiento u orden de protección acordada en el procedimiento penal, etc., siempre que, tal comportamiento procesal fuera determinante o coadyuvante para que fuera acordada su prisión provisional.

Cabría incluir en este apartado conductas extraprocesales del investigado, distintas de los hechos que son propiamente objeto del procedimiento penal, pero que contribuyen causalmente a la adopción de la prisión provisional y que fundamentan su necesidad para el cumplimiento de los fines que le son propios. Véase como ejemplo el no infrecuente caso de quien, detenido por un supuesto de violencia de género, manifiesta a los agentes que proceden a su custodia, su intención de matar a la víctima en cuanto sea puesto en libertad. Tal hecho, unido al resto de requisitos necesarios para que la prisión pueda ser legalmente acordada, supone una contribución causal del propio investigado decisiva para que pueda apreciarse la necesidad de protección de la víctima a través de la prisión provisional. En igual sentido, otros supuestos tales como quien ha procedido a la destrucción de pruebas antes de su detención. Si la relevancia causal de tales conductas es determinante para que la prisión sea acordada, no podrá entenderse ocasionado un perjuicio por la Administración de Justicia a quien ha contribuido en tal forma a su propia prisión provisional.

Por tanto, concurriendo los requisitos del artículo 294.1 LOPJ, sin que pueda incardinarse el caso concreto en ninguno de los supuestos de exclusión de la pretensión indemnizatoria, se activa el mecanismo de compensación, quedando por determinar los conceptos indemnizables y su cuantificación, como se analizarán más adelante.

## 6. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Como ya se ha indicado, la redacción del artículo 294 LOPJ, anterior a la STC 85/2019, hacía referencia a los supuestos de «inexistencia del hecho imputado» a la hora de conceder el derecho a una compensación sin necesidad de acudir al previo proceso declarativo del error judicial del artículo 293.1 de la LOPJ.

Se trataba de un supuesto privilegiado de responsabilidad objetiva, que constituía un derecho de configuración legal sin carácter de derecho fundamental, tal y como había declarado el ATC 145/1998, de 22 de junio (y posteriormente la STEDH Puig Panella c. España, de 25 de abril de 2006).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo había venido ampliando durante muchos años este específico y privilegiado régimen procedimental de responsabilidad patrimonial por error judicial a supuestos no contemplados expresamente en el mismo, creando al efecto una categoría asimilada a la de la inexistencia del hecho, la denominada «inexistencia subjetiva», que venía a comprender en el ámbito objetivo protector del precepto los supuestos de falta probada de participación en el hecho criminal, pero no los supuestos de absolución por falta de pruebas.

Según este criterio jurisprudencial, el artículo 294 LOPJ era de aplicación tanto a los supuestos de inexistencia objetiva del hecho imputado (ya fuera por inexistencia material, ya por falta de tipicidad) por el que se decretó la prisión provisional, como a los de inexistencia subjetiva, entendiendo por tales los supuestos de absolución por razón de la plena acreditación de la no participación del imputado en el hecho criminal. Así las cosas, esta categoría de inexistencia subjetiva, pese a estar al margen de la literalidad del precepto, que solo se refiere a la inexistencia del hecho, se entendía que quedaba amparada por su *ratio*. Es por ello por lo que la inexistencia del hecho y la falta probada de participación del sujeto eran dos supuestos equiparables y subsumibles en la regulación del artículo 294, según esta jurisprudencia (SSTS, entre otras, de 2 junio 1989 y 21 enero 1999 —EDJ 1999/1378—).

De esta forma, venían formulándose a través de esta vía privilegiada del artículo 294 aquellas solicitudes de responsabilidad patrimonial de quienes habían sufrido prisión preventiva y habían sido absueltos por falta de pruebas de su participación en los hechos en virtud del principio de presunción de inocencia (SSTS de 26 junio 1999 —EDJ 1999/19743—, de 13 noviembre 2000 —EDJ 2000/49625— y de 4 octubre 2001 —EDJ 2001/34996—).

Esta doctrina jurisprudencial, para discernir entre un supuesto y otro, obligaba a realizar un juicio sobre los presupuestos de la declaración de inocencia del absuelto que había sufrido prisión preventiva. En definitiva, siendo todos ellos igualmente inocentes de conformidad con el artículo 24 CE (y el artículo 6 CEDH), las consecuencias no eran las mismas a la hora de reclamar una indemnización por razón de la prisión preventiva sufrida.

Esta línea jurisprudencial fue modificada por dos sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2010 (2010/265317 y 2010/265332), consecuencia a su vez de dos sentencias del TEDH, la STEDH Puig Panella c. España, de 25 de abril de 2006, y la sentencia Tendam c. España, de 13 de julio de 2010. En las mismas, el TEDH afirmó que la valoración que necesariamente entrañaba la anterior distinción (para determinar si en el supuesto de hecho concurría una falta probada de participación en el hecho criminal o bien se trataba de un caso de absolución por falta de prueba) era contraria al principio de presunción de inocencia.

En las citadas resoluciones, el TEDH recuerda que el ámbito de aplicación del artículo 6.2 del Convenio no se limita a los procedimientos penales pendientes, sino que se extiende a los procesos judiciales consecutivos a la absolución definitiva del acusado, en la medida en que las cuestiones planteadas en dichos procesos constituyen un corolario y un complemento de los procesos penales en cuestión en los que el demandante ostenta la calidad de «acusado».

Junto a ello, el TEDH no admite diferencias entre las absoluciones por falta de pruebas y las absoluciones derivadas de la prueba de la inocencia. Así, en su párrafo 37, la STTEH Tendam dice que «además, el Tribunal señala que en virtud del principio *in dubio pro reo*, el cual constituye una expresión concreta del principio de presunción de inocencia, no debe existir ninguna diferencia entre una absolución basada en la falta de pruebas y una absolución que derive de la constatación sin ningún género de dudas de la inocencia de una persona. En efecto, las sentencias absolutorias no se diferencian en función de los motivos que hayan sido tenidos en cuenta en cada ocasión por el juez penal. Al contrario, en el marco del artículo 6 § 2 del Convenio, toda autoridad que se pronuncie directa o indirectamente o de forma incidental sobre la responsabilidad penal del interesado debe respetar la parte resolutive de una sentencia absolutoria, (Vassilios Stavropoulos c. Grecia, nº 35522/04, § 39, 27 de septiembre de 2007 — EDJ 2007/143951—). Por otro lado, el hecho de exigir a una persona que aporte la prueba de su inocencia en el marco de un procedimiento tendente a obtener una indemnización por prisión provisional no es razonable y

denota una violación de la presunción de inocencia (Capeau c. Bélgica, n.º 42914/98, § 25, TEDH 2005-I —EDJ 2005/64—).

De esta manera, el cambio jurisprudencial en el Tribunal Supremo (seguido a su vez en Sentencias de 24 de mayo, 7, 14, 20, 21 y 27 de junio de 2011; recurso 1315/2007, 3093/2007, 4241/2010, 606/2007, 1565/2010 y 1488/2007, respectivamente) vino a acotar el supuesto de indemnización en los casos de prisión preventiva a los estrictos términos de la ley.

Así, el Tribunal Supremo abandonó aquella interpretación extensiva del artículo 294 LOPJ y acudió a una interpretación estricta, esto es, en el sentido literal de sus términos, limitando su ámbito a los supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial con apoyo en sentencias absolutorias o autos de sobreseimiento libre «por inexistencia del hecho imputado», es decir, cuando tal pronunciamiento se producía porque objetivamente el hecho delictivo había resultado inexistente.

Ha de añadirse que ello no suponía dejar desprotegidas las situaciones de prisión preventiva seguida de sentencia absolutoria o sobreseimiento libre que venían siendo indemnizadas como inexistencia subjetiva al amparo de dicho precepto, sino que, con la modificación del criterio jurisprudencial, tales reclamaciones habían de remitirse a la vía general prevista en el artículo 293 LOPJ.

Este replanteamiento de la cuestión también incidió en la doctrina de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo.

A modo ejemplificativo, el Auto del Tribunal Supremo, sala 2.ª, de 22 de septiembre 2014 (demanda de error judicial 20350/14), lo resumía en los siguientes términos:

«Si hasta ahora veníamos entendiendo, no sin algunos matices, que la indemnización por prisión preventiva padecida tenía su régimen específico y excluyente en el artículo 294 LOPJ y por tanto rechazábamos por vía de principio general toda petición de declaración de error judicial sustentada en esa situación procesal, ahora queda claro que la indemnización por prisión preventiva no agota sus posibilidades en el artículo 294 LOPJ. Este precepto contemplaría exclusivamente un supuesto singularizado por esas premisas que se exigen y que hacen innecesaria, por superflua, toda tarea tendente a constatar la presencia de un error. La absolución (o sobreseimiento) por inexistencia del hecho de quien ha sufrido prisión preventiva origina una lógica presunción legal de que la privación de libertad no estuvo justificada y merece una reparación. Pero son imaginables otros supuestos en que nazca un derecho a la indemnización por error judicial en virtud de una pri-

sión preventiva, aunque no concurren las exigencias del artículo 294. Paradigmático sería el caso del exceso en la prisión preventiva. Pero cabrían muchos otros: imposición de pena de multa; condena por falta; algunos casos de sobreseimiento provisional; prisión provisional injustificada por falta de sus requisitos, aunque luego le pueda ser abonable y siempre que se acrediten perjuicios...; y, a partir del giro jurisprudencial de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, algunos supuestos de lo que se venía denominando «inexistencia subjetiva» en los que pueda tildarse de «errónea» la decisión de prisión preventiva. En todos esos casos el procedimiento a seguir no sería el previsto en el artículo 294, sino el genérico del artículo 293: declaración de error por parte de esa Sala Segunda del Tribunal Supremo. [...]

El exilio del artículo 294 de que ha sido objeto el supuesto de inexistencia subjetiva obliga a abordar esos casos desde el prisma del error judicial residenciándose la competencia en esta Sala Segunda. No sería factible enmarcarlos en el caso previsto específicamente en el artículo 294 en relación con el artículo 293.2 (indemnización por prisión preventiva sufrida cuando se ha declarado la inexistencia del hecho); pero sí solicitar la declaración de error judicial, por otras razones, de la medida de prisión preventiva.

Ahora bien, lo que no es dable es blandir el artículo 293.1 para escapar a los requisitos generales del error judicial del artículo 294. Hay que comprobar el fundamento de la demanda que debe imputar el error al auto de prisión preventiva o a su prolongación. No basta enarbolar la posterior absolución. Los requisitos que se exigen para apreciar el error judicial han de aplicarse íntegramente».

En otro orden de cosas, a pesar de que la STC 85/2019 dejaba claro que de esta resolución no debía derivarse la conclusión de que la indemnización fuera automática en todos los casos, señalando que:

«no obstante y pese a que una interpretación literal del precepto así depurado permitiría ciertamente sostener que la prisión provisional daría lugar a una indemnización por los perjuicios irrogados de modo automático y en todos los casos. [...] Los presupuestos y el alcance de la indemnización prevista en el artículo 294.1 LOPJ habrán de acotarse a través de la eventual intervención legislativa y, en su ausencia, mediante las interpretaciones congruentes con su finalidad y la teoría

general de la responsabilidad civil que realicen la Administración y, en último término, los órganos judiciales», el Tribunal Supremo concluyó lo contrario.

En este sentido, la STS 1348/2019 afirma que:

«aunque el Tribunal Constitucional defiera a los tribunales ordinarios la fijación en cada caso de la procedencia de la indemnización, debemos concluir que partiendo de nuestra sujeción a la norma y tomando en cuenta la nueva redacción de la misma, [...], en todos los supuestos de absolución por cualquier causa o de sobreseimiento libre, el perjudicado tiene derecho a la indemnización».

En la práctica, este planteamiento ha supuesto un incremento considerable de la estimación de las demandas de reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por prisión provisional no seguida de condena y, al mismo tiempo, una importante reducción de las cuantías en las que se concreta la compensación económica por los daños morales sufridos.

Mientras la jurisprudencia trataba la inexistencia objetiva o subjetiva del hecho para poder acceder a la compensación y eran muy pocas las resoluciones estimatorias, las cuantías que se establecían superaban los 100 euros por cada día de prisión provisional sufridos.

Así, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de noviembre de 2005 (n.º recurso 974/2003) acordó una compensación de 1000 euros por nueve días de prisión provisional, lo que representa unos 111 euros/día; la sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de noviembre de 2005 (n.º recurso 836/2003) acordó una compensación de 45 075,91 euros por trescientos noventa y un días de prisión provisional, lo que representa unos 115,28 euros/día; la sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de octubre de 2014 (n.º recurso 1284/2013) acordó una compensación de 57 000 euros por cuatrocientos cincuenta y siete días de prisión provisional, lo que representa unos 125 euros/día; la sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de abril de 2014 (n.º recurso 410/2012) acordó una compensación de 16 000 euros por ciento veintidós días de prisión provisional, lo que representa unos 132,23 euros/día.

Tras la STC 85/2019, las cuantías fijadas por el Tribunal Supremo menguaron considerablemente, estableciéndose un tanto alzado en la mayoría de los casos, que mediante una sencilla operación matemática, permite comprobar esta notable reducción. A título de ejemplo, la STS 598/2022, de 19 de mayo, estableció una compensación de 7000 euros por doscientos

dos días de prisión provisional, lo que representa 34,65 euros/día; la STS 791/2022, de 20 de junio, fijó la cuantía de la compensación en 10 000 euros por setecientos once días, esto es, 14,06 euros/día; la STS 1317/2022, de 17 de octubre consideró que 5.000 euros compensaban los doscientos sesenta días de prisión provisional, es decir, 19,23 euros/día.

Además de la paulatina reducción de la cuantía de las compensaciones reconocidas, su fijación global por parte de los tribunales y, sobre todo, su distinta cuantificación podría conllevar una quiebra del principio de seguridad jurídica y afectar al derecho de igualdad del artículo 14 CE.

Si la compensación por el daño sacrificial se fundamenta en el derecho a la libertad del artículo 17 CE, difícilmente pueden justificarse diferencias ostensibles de trato entre supuestos similares, sin perjuicio de que, al determinar la compensación establecida en el caso concreto, pueda modularse al reconocer otros daños y perjuicios adicionales al daño moral intrínseco a la prisión provisional.

Muestra de estas diferencias cuantitativas puede encontrarse, por ejemplo, entre la sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de enero de 2023 (n.º recurso 9/2022) que fija en 22.300 euros la compensación por ochocientos veinticuatro días de prisión provisional y la sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de marzo de 2023 (n.º recurso 805/2021) que determina una cantidad total de 70.000 euros, de los cuales 60.000 compensaban los seiscientos cuarenta y cinco días de prisión provisional. La disparidad entre las cuantías reconocidas, exigiría una especial motivación por parte de los tribunales para justificar la adecuación de la cantidad al perjuicio concreto ocasionado en cada caso.

## 7. CONCEPTOS INDEMNIZABLES Y CRITERIOS PARA SU CUANTIFICACIÓN

Determinado el supuesto de hecho que activa el mecanismo de compensación del artículo 294.1 LOPJ, queda por dilucidar qué conceptos serán indemnizables, así como los posibles criterios que pueden emplearse en su cuantificación.

Partiendo de la fundamentación del artículo 294.1 LOPJ, serán objeto de compensación los daños derivados estrictamente del tiempo de privación de libertad, entendidos como daños morales inherentes a dicha situación.

Adicionalmente, con la debida prueba al respecto, podrán ser compensados otros conceptos tales como el daño emergente y el lucro cesante,

entendiendo por estos las ganancias dejadas de obtener durante el tiempo de prisión provisional, ya sea por trabajo o por otros conceptos. Eso sí, en estos supuestos de daño emergente y lucro cesante, deberán colmarse los requisitos exigidos en la jurisprudencia al respecto, a saber, que no se trate de una mera expectativa, sino que se concrete y se pruebe la ganancia dejada de obtener por la situación de prisión provisional. En este sentido, la Audiencia Nacional ha manifestado que

«establecido el periodo de prisión que se considera indemnizable, procede determinar los daños derivados de ese periodo, señalando en cuanto al importe de la indemnización, que solo es indemnizable el daño producido de una forma real y efectiva, no siendo indemnizables los meros conjeturados, eventuales o hipotéticos» (SAN 28 de noviembre de 2017).

El propio artículo 294 LOPJ, en su apartado segundo, establece que «la cuantía de la indemnización se fijará en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido».

Tales serán, de *lege data*, los conceptos que habrán de tenerse en cuenta para la cuantificación de la indemnización que corresponda.

Establecer la cuantía de la compensación en función del tiempo pasado en prisión provisional resulta lógico. Así ha venido aplicándose por los tribunales, bien mediante una cantidad alzada, bien mediante una cantidad vinculada a los días o meses de duración de la prisión provisional (STS de 17/05/2016, SSAN, Sección 3.<sup>a</sup>, de 28/01/2016, 14/03/2017, 31/05/2017, 29/06/2017, 24/04/2019).

La fijación de una cuantía por cada día de estancia en prisión provisional resulta respetuosa con el fundamento de la compensación en los términos de la STC 85/2019, al tiempo que conlleva una gran seguridad jurídica, resulta sencillo de aplicar, evita la litigiosidad que implica la indefinición y permite tratar otros aspectos puramente económicos como conceptos indemnizatorios distintos y adicionales, que requerirán de la oportuna prueba.

Tal y como se acaba de anticipar, el reconocimiento en los términos expuestos de una cuantía directamente vinculada al tiempo de permanencia en prisión, en concepto de mecanismo de compensación por el sacrificio del derecho fundamental a la libertad, no agota las posibilidades indemnizatorias derivadas de los posibles daños ocasionados como consecuencia de la privación de libertad sufrida. Así parece derivarse sin duda de la literalidad del apartado segundo del artículo 294 LOPJ y de

la aplicación de la teoría general de daños, como hasta la fecha ha venido reconociendo la jurisprudencia, tanto de la Audiencia Nacional como del Tribunal Supremo. De esta manera, otros conceptos tales como daño emergente o lucro cesante también serán valorados de cara a su posible indemnización.

En consecuencia, además del reconocimiento de una cuantía diaria en concepto de compensación, serán indemnizables los daños y perjuicios ocasionados por la estancia en prisión provisional, siempre que los mismos resulten debidamente justificados y que tales daños deriven directamente de la prisión provisional.

En este punto ha de insistirse en que el título que genera derecho a la compensación en los términos expuestos y entre el que ha de existir relación de causalidad directa con el daño provocado es la prisión provisional. Deben, por tanto, excluirse de la indemnización por esta vía otros perjuicios derivados de cualquier otra medida cautelar derivada del procedimiento penal o directamente de este mismo (clausura provisional de locales, suspensión de actividades de empresas, intereses de las fianzas abonadas, daños morales o sociales derivados de hallarse sometido a un procedimiento penal en el que se imputan unos hechos delictivos y en el que se pueden solicitar unas penas y un largo etcétera). Todos estos conceptos, para ser indemnizados, habrán de serlo por vía del error judicial o de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, es decir, por el artículo 293 LOPJ, si hubiere lugar a ello, puesto que, salvo que resulte procedente por tal vía, no serán objeto de compensación, debiendo ser asumido el daño ocasionado por el particular afectado (es, de nuevo, el umbral mínimo de sacrificio del que habla el Tribunal Constitucional y que cualquier ciudadano ha de soportar sin derecho a compensación en beneficio del interés de la colectividad).

Activado el mecanismo de compensación y establecidos los conceptos susceptibles de esta, queda por determinar su cuantía concreta.

Se trata de uno de los aspectos de más difícil concreción, teniendo presente que implica traducir monetariamente la estancia en prisión de una persona y que, para ello, se carecen de criterios legales, aun por analogía, en que basar una cuantificación concreta de la compensación por día de prisión. Eso sí, también es cierto que, si bien se trata de una evidente dificultad, el propio Tribunal Constitucional no impone reparo alguno al respecto, otorgando un amplio margen de libertad para la fijación de los criterios cualitativos y cuantitativos de la compensación.

En concreto, señala que:

«en la definición del mecanismo reparador el legislador tiene amplio margen sobre la competencia y el tipo de procedimiento para dirimir su aplicación y, en general, sobre multitud de cuestiones del régimen indemnizatorio. Así, por ejemplo, respecto a aspectos cuantitativos, como la decisión de optar o no por establecer una cantidad fija por cada día pasado en prisión, como en países de nuestro entorno (son los 25 € en Alemania o entre 20 y 50 € en Austria) o de ofrecer criterios adicionales o alternativos de evaluación del daño, como aquellos establecidos ya por el Tribunal Supremo para orientar las decisiones de indemnizar los perjuicios fruto de una privación de libertad. O podrá fijar aspectos cualitativos, como la concreción de un umbral mínimo del sacrificio indemnizable o reglas de modulación o exclusión de la indemnización, en atención, esencialmente, al grado de contribución del sujeto en la adopción de la medida cautelar, ...» (STC 85/2019).

Hasta que dicha reforma legislativa se produzca, es a la Administración y a los tribunales a quien corresponde la interpretación de tales conceptos sobre la base de la literalidad de la ley, los criterios ya establecidos jurisprudencialmente y los contenidos en la propia STC 85/2019.

El Tribunal Supremo ha tratado de desarrollar pautas de orientación a fin de lograr un trato equitativo en cada caso y evitar desigualdades en la compensación del perjuicio sufrido, optando por fijar cuantías globales. Al respecto, la STS 1191/2020, de 22 de septiembre, establece que:

«En algunas sentencias, hemos declarado que no solo la indemnización ha de aumentar cuanto mayor sea el tiempo que duró la privación indebida de libertad, sino que ha de hacerlo a una tasa creciente: la indemnización ha de ser progresiva, “dado que la prolongación indebida de la prisión agrava gradualmente el perjuicio”. [...] son relevantes las circunstancias de edad, salud, conducta cívica, hechos imputados, antecedentes penales o carcelarios, rehabilitación de la honorabilidad perdida, mayor o menor probabilidad de alcanzar el olvido social del hecho, así como la huella que hubiera podido dejar la prisión en la personalidad o conducta del que la hubiera padecido.

Por su parte el TEDH afirma que deben valorarse otras circunstancias, como el lucro cesante, es decir, los ingresos que la persona tenía y ha perdido durante ese tiempo; o, más en general, los efectos

económicos gravosos que haya tenido para esa persona la permanencia en prisión durante ese período; o también la duración de la prisión preventiva en ese caso; si ha enfermado física o mentalmente con motivo de su ingreso; cuáles eran sus condiciones físicas o mentales durante el ingreso que hacían su estancia en prisión aún más gravosa; existencia de personas a su cargo fuera de prisión, hijos menores, etc.».

Atendiendo a esta pautas ofrecidas por el Tribunal Supremo, se comprende la dificultad de determinar una cuantía para el caso concreto.

Ha de partirse de la base de que, salvo en el ámbito militar, no existe en la legislación ni en la jurisprudencia una causa generadora de la obligación de indemnización similar o parecida a la prisión provisional, por lo que resulta difícil acudir a la analogía para aplicarla al supuesto ahora estudiado o conseguir criterios que puedan servir como orientación con la misma finalidad.

Sin perjuicio de ello, algunos criterios que pueden ser empleados para la fijación de una cantidad diaria por estancia en prisión podrían ser el salario mínimo interprofesional, el indicador público de renta de efectos múltiples o el denominado baremo de accidentes de tráfico.

Por lo que respecta a los criterios jurisprudenciales, como se ha expuesto, los tribunales no dan una justificación clara del porqué de la exacta cuantía diaria o mensual que aplican, ni de la progresión porcentual, ni de la proporcionalidad, ni en su caso de la cantidad alzada que reconocen. Cabe entender, por tanto, que los tribunales, ante la necesidad de fijar una cantidad concreta como indemnización en estos supuestos, lo hacen en ejercicio de la adecuada ponderación de las circunstancias y de la discrecionalidad de la que, en ausencia de otro criterio más concreto, han de valerse, lo que conlleva diferencias notables en la práctica, como ya se ha señalado.

En cuanto al Consejo de Estado, la cantidad que fijaba ordinariamente como indemnización en los supuestos de estimación de reclamaciones por prisión provisional era de 120 euros/día, recogiendo criterios jurisprudenciales (por todos, dictamen del Consejo de Estado de 6 de junio de 2019, expediente 331/2019). Sin embargo, tras la STC 85/2019 ha ido evolucionando hacia concesiones de cantidades globales como es de ver, por ejemplo, en su dictamen de 22 de diciembre de 2022 (expediente 1808/2022).

El salario mínimo interprofesional, actualmente derivado del RD 99/2023, de 14 de febrero, se sitúa en 1.080 euros brutos en 14 pagas. La cuantía de la compensación por cada día en prisión aplicando este criterio sería de 36 euros.

La utilización del salario mínimo interprofesional para fijar la cuantía supone sujetar una compensación por daño moral a un criterio empleado en

cuestiones puramente económicas y que resulta variable en atención a circunstancias ajenas a la objetividad que debiera presidir este resarcimiento.

No obstante, este criterio podría utilizarse, como ya se utiliza, para indemnizar por otros conceptos meramente económicos derivados de la propia estancia en prisión, como el lucro cesante.

El indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) es un índice empleado en España como referencia para la concesión de ayudas, subvenciones o el subsidio de desempleo. En la actualidad se sitúa en 600 euros, lo que representaría una cuantía de 20 euros/día.

Los inconvenientes de la utilización de este criterio, en cuanto a variabilidad o a tratarse de un criterio estrictamente económico, son similares a los señalados en el caso del salario mínimo interprofesional.

El denominado baremo de accidentes de tráfico viene previsto en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que modifica el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre. El baremo de tráfico aporta un sistema y unos conceptos francamente interesantes a los efectos ahora analizados, tales como actividades esenciales de la vida ordinaria, actividades específicas de desarrollo personal, perjuicio personal por pérdida temporal de calidad de vida, grados del perjuicio personal por pérdida temporal de calidad de vida<sup>2</sup>. En ambos casos, tanto la privación

---

<sup>2</sup> Artículo 51. Actividades esenciales de la vida ordinaria. A efectos de esta Ley se entiende por actividades esenciales de la vida ordinaria, comer, beber, asearse, vestirse, sentarse, levantarse y acostarse, controlar los esfínteres, desplazarse, realizar tareas domésticas, manejar dispositivos, tomar decisiones y realizar otras actividades análogas relativas a la autosuficiencia física, intelectual, sensorial u orgánica.

Artículo 54. Actividades específicas de desarrollo personal. A efectos de esta Ley se entiende por actividades de desarrollo personal aquellas actividades, tales como las relativas al disfrute o placer, a la vida de relación, a la actividad sexual, al ocio y la práctica de deportes, al desarrollo de una formación y al desempeño de una profesión o trabajo, que tienen por objeto la realización de la persona como individuo y como miembro de la sociedad.

Artículo 137. Perjuicio personal por pérdida temporal de calidad de vida. La indemnización por pérdida temporal de calidad de vida compensa el perjuicio moral particular que sufre la víctima por el impedimento o la limitación que las lesiones sufridas o su tratamiento producen en su autonomía o desarrollo personal.

Artículo 138. Grados del perjuicio personal por pérdida temporal de calidad de vida. 1. El perjuicio por pérdida temporal de calidad de vida puede ser muy grave, grave o moderado. 2. El perjuicio muy grave es aquél en el que el lesionado pierde temporalmente su autonomía personal para realizar la casi totalidad de actividades esenciales de la vida ordinaria. El ingreso en una unidad de cuidados intensivos constituye un perjuicio de este grado. 3. El perjuicio grave es aquél en el que el lesionado pierde temporalmente su autonomía personal para realizar una parte relevante de las actividades esenciales de la vida ordinaria o la mayor

de libertad como de la integridad física con carácter temporal suponen unas limitaciones a la calidad de vida, a las actividades de la vida ordinaria, el desarrollo personal, las relaciones sociales, el desarrollo de una formación, desempleo de una profesión, la realización de la persona como individuo, etc., que es lo constituye el presupuesto para la indemnización (conceptos todos ellos utilizados en el RDLeg. 8/2004).

Además, el baremo, en relación con las lesiones temporales, conforme a su artículo 137 compensa el perjuicio moral particular que sufre la víctima por el impedimento o la limitación que se produce en su autonomía o desarrollo personal, concepto este que vuelve a resultar adecuado también para fijar una cuantía por daño moral inherente a la prisión provisional.

A diferencia del SMI o del IPREM, el baremo de tráfico prevé un sistema de reacción a un daño ocasionado, de reparación de los perjuicios derivados de un acto lesivo, que si bien es un accidente de tráfico que ocasiona tal daño (en lo que ahora interesa una lesión temporal), presenta similitudes con la privación de otro derecho que supone la prisión provisional.

El baremo, al contemplar un sistema indemnizatorio completo y legalmente establecido, aun estando previsto solo para accidentes de tráfico, ha sido aplicado de forma extensiva y analógica por todos los órdenes jurisdiccionales para supuestos para los que no estaba ideado. Véase su aplicación en el orden penal (lesiones derivadas de hechos delictivos), en el civil, en el social (por ejemplo, en accidentes de trabajo) o contencioso-administrativo.

Es cierto que los bienes jurídicos cuya lesión se indemniza en uno y otro caso son diferentes: por una parte, la integridad física y por otro la libertad. Ahora bien, ambos son derechos fundamentales (artículos 15 y 17 CE) del más alto nivel.

Tanto en el caso de la prisión provisional como en el del baremo se parte del principio de reparación íntegra del daño (artículo 33 RDLeg. 8/2004), lo cual es compatible con el establecimiento de una cuantía diaria fija más los gastos adicionales correspondientes.

Por otra parte, como ya se ha apuntado, la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (en ade-

---

parte de sus actividades específicas de desarrollo personal. La estancia hospitalaria constituye un perjuicio de este grado. 4. El perjuicio moderado es aquél en el que el lesionado pierde temporalmente la posibilidad de llevar a cabo una parte relevante de sus actividades específicas de desarrollo personal.

A efectos de esta Ley se entiende por actividades esenciales de la vida ordinaria comer, beber, asearse, vestirse, sentarse, levantarse y acostarse, controlar los esfínteres, desplazarse, realizar tareas domésticas, manejar dispositivos, tomar decisiones y realizar otras actividades análogas relativas a la autosuficiencia física, intelectual, sensorial u orgánica.

lante, LORDFAS) prevé, en relación con el procedimiento del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, la posibilidad de acordar el arresto con carácter cautelar. Tanto para el caso de finalización del procedimiento sin sanción como para el exceso de la medida cautelar respecto de la sanción finalmente impuesta, se prevé un sistema de compensación a quien haya sufrido dicha situación<sup>3</sup>.

Existen diferencias entre estos supuestos y los de prisión provisional analizados. Resulta evidente que se trata de un régimen sancionador diferente, basado en las especiales características del ámbito militar y de la especial relación entre la Administración y el sancionado en atención a su relación laboral. Resulta también diferente el concepto de arresto al de prisión.

Ahora bien, no cabe duda de que se trata del supuesto que resulta más asimilable y con diferencia, de todos los estudiados, ya que, precisamente, prevé un sistema de compensación para el caso de arresto cautelar no seguido de posterior sanción, es decir, de privación de libertad impuesta por la comisión de una falta disciplinaria con carácter cautelar que no finaliza con declaración de responsabilidad.

Por ello, puede ser un criterio utilizable para los supuestos de prisión provisional no seguidos de condena final.

Respecto del sistema de compensación que prevé la LORDFAS, se trata de un «mecanismo automático de compensación económica de las limitaciones indebidas del derecho a la libertad producidas en vía disciplinaria» (Sentencias del Tribunal Militar Central de 24/04/2019 y 09/05/2018), consistente en una indemnización fijada con un criterio: su equiparación diaria al importe de la dieta en territorio nacional (el motivo por el que el legislador decide tal forma de cuantificación, con remisión al régimen de indemnizaciones por razón del servicio, no lo justifica ni en el articulado ni en la exposición de motivos de la ley).

Para concretar la cantidad diaria que corresponde, hay que acudir, por tanto, al Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio. El Anexo II de dicho RD prevé las siguientes cuan-

---

<sup>3</sup> Artículo 31.3. Si el procedimiento disciplinario finaliza sin declaración de responsabilidad por parte del expedientado por inexistencia de infracción o con una sanción de arresto de menor duración temporal a la de la medida previa adoptada, se le compensará, por cada día de exceso en que permaneció arrestado, con una indemnización que será el importe fijado para la dieta en territorio nacional.

Artículo 51.3. Si el procedimiento disciplinario finaliza sin declaración de responsabilidad por inexistencia de infracción del expedientado o con una sanción de arresto de menor duración temporal a la de la medida provisional adoptada, se le aplicarán las compensaciones establecidas en el artículo 31.3.

tías: Para el Grupo uno, 155,90 euros; para el Grupo dos, 103,37 euros; y para el Grupo tres, 77,13 euros.

Finalmente, para saber la cantidad que corresponde a cada funcionario, hay que acudir al Anexo I, donde se establece la clasificación del personal.

Por otra parte, resulta evidente y así lo motiva el Tribunal Militar Central, que no pueden establecerse distinciones entre personas que hayan sufrido arresto cautelar en atención a la distinta categoría funcional a que pertenezca. Por ello, el tribunal entiende que debe aplicarse la máxima cuantía de las que refleja el Anexo II, es decir, 155,90 euros/día.

Ahora bien, las similitudes entre ambos supuestos pueden servir como base para escoger este criterio como análogo o similar para su aplicación a la prisión provisional no seguida de condena, pero ello no significa que resulte vinculante el criterio seguido por el citado Tribunal Militar en cuanto a las cuantías por varios motivos.

En primer lugar, debido al ámbito propio del Tribunal Militar, lo que no lo hace extrapolable a la jurisdicción ordinaria.

En segundo lugar, porque la decisión del Tribunal Militar, optando por la cuantía superior respecto de otras categorías, se basa simplemente en la necesidad de no establecer discriminaciones, pero no se fundamenta la razón por la que se opta por la primera categoría y no por el resto.

En tercer lugar, por las ya comentadas diferencias entre sanción y prisión, las relativas a la relación laboral, el especial carácter del ámbito militar, etc., así como por las diferencias del estándar probatorio propio del procedimiento en que se dicta el arresto y el del procedimiento penal, siendo más exigente en este último, lo que limita las probabilidades de condena.

Por último, pese a reconocerse tal derecho de indemnización, los supuestos indemnizables en el ámbito militar siguen circunscritos a la «inexistencia de infracción» (mención que no se realiza en la jurisdicción ordinaria) o sanción final menos gravosa.

## 8. PROPUESTAS DE REGULACIÓN FUTURA

La ausencia de una regulación específica sobre la materia, a diferencia de otros países europeos, genera, tal y como hemos examinado, enormes dificultades en cuanto a la definición de los supuestos de hecho, sus requisitos, los conceptos indemnizables y sus cuantías, obligando a los tribunales a una labor de interpretación jurisprudencial extensa. Así lo entendió el

Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, que no llegó a ver la luz y que pretendía regular la cuestión.

El Anteproyecto contenía una regulación expresa del procedimiento para hacer efectiva la compensación establecida en el artículo 294.1 LOPJ en los proyectados artículos 9, 10 y 868 a 872.

El prelegislador optaba, como indica la exposición de motivos del Anteproyecto, «por regular el resarcimiento de los daños sacrificiales derivados de la privación de libertad en términos de derecho subjetivo, lo que implica que la indemnización ha de ser reclamada expresamente».

El procedimiento diseñado se inspiraba en el modelo francés y su conocimiento se atribuía a los órganos de la jurisdicción penal, como reconoce la exposición de motivos, por ser «estos órganos los que se encuentran en las mejores condiciones para valorar los elementos que pueden determinar la denegación del resarcimiento, que, según la propia STC 85/2019, son la *compensatio lucri cum damno* [...] y la contribución causal de la propia persona absuelta en su propio daño».

Conforme al Anteproyecto, la competencia para el conocimiento de este procedimiento se le asignaba a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional o a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en función de sus respectivas competencias.

Por lo que respecta a esta propuesta normativa, el Consejo Fiscal en su informe de 7 de julio de 2021 apuntó una serie de cuestiones que no se encontraban resueltas en el texto y que deberían incluirse, entre las cuales está la ausencia de criterio para la fijación de la cuantía indemnizatoria:

«Dicha falta bien puede ser corregida en atención a la aplicación de las cuantías que hasta la fecha vienen estableciendo los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa [...]. Ahora bien, avoca a un periodo de inseguridad jurídica y de indeterminación (que ya se viene viendo desde la publicación de la STC 85/2019) hasta que se consolide un criterio jurisprudencial que fácilmente se puede evitar estableciendo legalmente dicho criterio.

Si bien el análisis de los daños que pueden haber sido irrogados como consecuencia de la prisión provisional han de ser, sin duda, analizados en el caso concreto para determinar el daño emergente y el lucro cesante ocasionado, siempre concurrirá uno que será común en todos los casos: la propia privación de libertad. Respecto de dicho elemento común, se corre otro peligro cierto derivado de la indeterminación

normativa: dejar a la discrecionalidad de los tribunales la concreción de la indemnización derivada del perjuicio irrogado solo por la privación de libertad en sí misma, lo cual puede dar lugar a resultados difícilmente asumible, en que la libertad de una persona pueda dar lugar a una indemnización superior a la de otra.

El citado peligro puede conjurarse fácilmente estableciendo un criterio normativo indemnizatorio fijo, derivado del solo hecho de la privación de libertad, que se dará en cualquier persona y, por tanto, común a todas, el cual habrá de complementarse con los concretos daños y perjuicios que, para el caso de haberlos, en cada caso concreto se hubieran derivado adicionalmente como consecuencia de la medida cautelar. La fijación de dicha cuantía fija o de una horquilla concreta, además de la seguridad jurídica que comporta, en aras al principio de igualdad, cumple de forma más satisfactoria con el concepto de compensación (y no indemnización) que el Tribunal Constitucional en su sentencia n.º 85/2019 emplea al derivar la misma directamente del derecho fundamental a la libertad (artículo 17 CE) sacrificado en aras al interés general».

Una vez decaído el Anteproyecto, se estima necesario que el legislador aborde de nuevo la cuestión mediante una iniciativa que resuelva las cuestiones planteadas. Su expresa regulación normativa contribuiría, sin lugar a dudas, a dotar de seguridad jurídica a los ciudadanos que han sufrido una medida cautelar de prisión provisional y finalmente no han sido condenados. Por otra parte, serviría de apoyo a los tribunales a la hora de poder resolver las reclamaciones futuras, dotándoles de una normativa específica para ello y, finalmente, sería de enorme utilidad para garantizar la igualdad de trato de todos los ciudadanos ante situaciones similares.

A continuación, sobre la base de lo expuesto en el presente trabajo, se realizan una serie de reflexiones y propuestas cuyo debate y resolución resultaría necesario tener presentes de cara a su plasmación en una futura norma sobre la materia.

En primer lugar, debe plantearse el órgano y la jurisdicción competente para la tramitación y resolución de la reclamación. No se trata de una cuestión baladí, en cuanto resultan aplicables para la decisión sobre la pretensión indemnizatoria, tanto normativa de carácter administrativo como penal y procesal penal. Se trata de discernir qué jurisdicción y qué órgano se encuentra en mejor posición para resolver la cuestión.

Tal y como examinamos al analizar el derecho comparado, los países que ya cuentan con una regulación específica no alcanzan una solución unitaria. Mientras que algunos establecen un procedimiento de naturaleza

administrativa (Reino Unido), otros se decantan por un procedimiento judicial (Francia o Bélgica) y otros establecen una suerte de sistema mixto, como es el caso de Alemania.

Como acabamos de ver, el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal opta por un modelo de reclamación judicial ante la jurisdicción penal. Esta solución se considera adecuada y deseable en futuro proyecto de regulación. La creación de un procedimiento específico, de naturaleza jurisdiccional, unido a la específica regulación de los criterios indemnizatorios, mitigaría la necesidad de aplicación de la normativa administrativa que ahora es imprescindible y situaría al tribunal de esta jurisdicción en las mejores condiciones para la resolución de la reclamación.

La alternativa, manteniendo un procedimiento administrativo, no impediría que la autoridad que deba resolver la reclamación y, posteriormente, el tribunal contencioso-administrativo, deban seguir teniendo presentes normas penales y, sobre todo, de naturaleza procesal penal para la resolución de la reclamación.

En cuanto a la competencia para la resolución del procedimiento, la solución propuesta por el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal se estima acertada, atribuyendo la resolución a un tribunal de la máxima categoría en atención al procedimiento de origen (véase cómo en el caso del error judicial siempre se atribuye la competencia para su declaración al Tribunal Supremo, conforme al artículo 293 LOPJ).

En íntima relación con la cuestión de la naturaleza del órgano al que se atribuye la competencia, es la de la norma en la que ha de incluirse la regulación. Una vez que hemos establecido que es a la jurisdicción penal, la solución idónea, al igual que otros países europeos, pudiera ser su inserción en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como por ejemplo, Francia, Italia, Portugal, Reino Unido o Países Bajos. Así lo entendió también el prelegislador al crear un procedimiento especial en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ahora bien, como es notorio, la aprobación de una ley de tal envergadura resulta una labor de enorme complejidad y laboriosidad. La especificidad de la materia que ahora tratamos y su independencia del resto del proceso penal permitirían un tratamiento diferenciado, ya fuera mediante una modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, ahora vigente, o a través de una ley propia que regule tanto el procedimiento como los términos de la reclamación y los criterios indemnizatorios, solución esta última que se estima idónea por cuestiones tanto de técnica como de oportunidad legislativa.

Respecto del contenido de la norma, se considera imprescindible que aborde tanto los aspectos procedimentales para la reclamación como los aspectos sustantivos.

Resulta conveniente que el supuesto de hecho que dé lugar a la aplicación de tan especial procedimiento sea solo el de la prisión provisional. La ampliación de su objeto a otras medidas cautelares, tales como la prohibición de comunicación, las comparecencias *apud acta* u otras de naturaleza personal o real, adoptadas en el seno de un procedimiento penal, pueden desbordar la finalidad de tan concreto procedimiento, desnaturalizando la respuesta legal al único supuesto de responsabilidad objetiva previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial por daños ocasionados por la Administración de Justicia, como es el de la prisión provisional. El resto de reclamaciones habrán de ser ejercitadas, por tanto, a través del procedimiento ordinario establecido para ello en los supuestos de error judicial y de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

Una vez regulado el objeto del procedimiento, la competencia y el cauce procedimental, la norma habrá de contemplar los criterios necesarios para la fijación final de una cuantía indemnizatoria. En concreto, se estima oportuna la previsión de una compensación común a todos los supuestos, que sea compatible con una posible indemnización adicional por los daños y perjuicios efectivamente ocasionados en cada supuesto concreto, ya lo sea como daño emergente o lucro cesante, siendo precisa en este caso la oportuna acreditación probatoria de la efectividad del daño y su relación causal con la medida de la prisión provisional.

Como concreción de lo anterior, se aboga por el establecimiento en todo caso de unos criterios ciertos para la fijación de la oportuna compensación en proporción al tiempo de prisión provisional, lo cual no obsta para que pudiera modularse en atención a las circunstancias y los daños efectivamente probados en el supuesto concreto.

Actualmente, uno de los requisitos que establece el artículo 294.1 para generar el derecho a la indemnización a quien ha sufrido una medida de prisión provisional es que «que se le hayan irrogado perjuicios».

La cuestión resulta relevante desde dos puntos de vista. El primero de ellos en relación con el propio concepto de compensación. Tal y como hemos visto a lo largo del artículo, el Tribunal Constitucional configura la indemnización como una compensación por el extraordinario sacrificio que se le impone al ciudadano en aras del beneficio de la sociedad en su conjunto. Dicho concepto de compensación y su configuración legal como un supuesto de responsabilidad objetiva de la Administración hacen innecesaria la justificación probatoria de la efectividad del perjuicio ocasionado, sin perjuicio de que, para el caso de haberse derivado otros daños adicionales, sí que precise de la oportuna acreditación.

El segundo punto de vista nos lleva a la misma conclusión que el primero, esto es, resulta ilusorio sostener que quien ha estado sometido a una medida de prisión provisional no ha sufrido perjuicio alguno. En términos de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil, artículo 281.4, «no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general». Es evidente que el mero ingreso en prisión supone una experiencia traumática para cualquier ciudadano, que conlleva una ruptura vital, una crisis familiar y un estigma social, con independencia de otros posibles daños como pérdida de empleo, de ingresos u otros que sí dependen del caso concreto y que son cuantificables.

Ambos puntos de vista nos llevan a concluir la conveniencia de que la futura norma establezca, en términos similares a la ley alemana o austríaca, una cantidad u horquilla referencial para la fijación de una cuantía compensatoria automática, derivada de la mera comprobación de los requisitos que conforman el supuesto de hecho para su aplicación.

La cuantía concreta es, sin duda, una cuestión compleja y controvertida. En el apartado referente a los conceptos indemnizables y criterios para su cuantificación, hemos incluido algunas referencias que pueden servir a los efectos de realizar dicha cuantificación. Sin embargo, se trata de una cuestión que el legislador ha de abordar, asumiendo la dificultad de su labor.

La libertad constituye un valor superior del ordenamiento jurídico, un derecho fundamental de la persona, por lo que el debate alrededor de cuánto vale la libertad o cómo se mide en términos monetarios, puede llevarnos a posiciones muy diferentes y a ninguna conclusión satisfactoria, precisamente porque se trata de un valor esencial de la vida humana y, por tanto, difícilmente traducible en términos estrictamente monetarios.

Sin embargo, la mayor ventaja de la fijación de dichos criterios no radica tanto en la cuantía concreta que la norma establezca para valorar el día en prisión, que siempre será discutible (véase la ley alemana que establece una cantidad para los daños no pecuniarios de 25 euros por cada día de tal privación o la ley austriaca que lo fija en una horquilla de entre 20 y 50 euros) como en dos cuestiones fundamentales.

La primera de ellas, el reconocimiento expreso de que el Estado ha de compensar al ciudadano por el sacrificio que le ha impuesto en aras del interés general. Y, en segundo lugar, en el establecimiento previo de unos criterios ciertos para su fijación, dotando de seguridad jurídica al sistema y contribuyendo de forma decisiva a garantizar el principio de igualdad de trato de los ciudadanos.



## **EL ALCANCE DE LAS ESPECIALIDADES DE LOS BIENES INMUEBLES DEL RAMO DE LA DEFENSA DENTRO DEL PATRIMONIO DEL ESTADO**

Rodrigo Claudio Blanco Aguirre  
*Teniente Auditor*

### *Resumen*

El cumplimiento de las altas misiones que la Constitución asigna a las Fuerzas Armadas, los condicionantes presupuestarios y la continua adaptación de las infraestructuras de los Ejércitos son algunos de los elementos que han determinado la subsistencia de todo un conjunto de especialidades en el régimen jurídico de una parte del patrimonio inmobiliario del Estado, en concreto, de aquella cuya gestión y administración corresponde al Ministerio de Defensa y sus organismos públicos. En efecto, para el caso de los inmuebles de la defensa encontramos un régimen de gestión especial y un régimen de protección reforzado, los cuales constituyen, junto con otras especialidades de menor calado, un verdadero régimen patrimonial propio.

El presente estudio tiene por objetivo la refundición de las especialidades existentes en el régimen patrimonial de los inmuebles de la defensa, frente al conjunto del patrimonio del Estado, aportando una visión reflexiva y global de las mismas.

*Palabras clave:* Patrimonio del Estado, Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, INVIED, Régimen Especial de Gestión.

## *Abstract*

The fulfilment of the high missions that the Constitution assigns to the Armed Forces, the budgetary conditions and the constant adaptation of the infrastructures of the Armed Forces are some of the elements that have determined the existence of a whole series of specialities in the legal regime of a part of the State's real estate, namely that whose management and administration corresponds to the Ministry of Defence and its public bodies. In fact, in the case of defence real estate we find a special management regime and a reinforced protection regime, which constitute, together with other specialities of lesser importance, constitute a real patrimonial regime of their own.

The aim of this study is to consolidate the existing specialities in the patrimonial regime of defence real estate, in comparison with the whole of the State's property, and to provide a reflective and global vision of them.

*Keywords:* State Property, Law 33/2003, of November 3, on the Heritage of Public Administrations (Public Administration Property Act), INVIED, Special Management Regime.

## *Sumario:*

1. Introducción, objetivo y metodología. 2. Antecedentes. 3. Los bienes inmuebles del ramo de la defensa: concepto y clases. 3.1. Concepto. 3.2. Los bienes inmuebles del ramo de la defensa según la LPAAPP: bienes demaniales y bienes patrimoniales. 3.3. Otras clasificaciones. 4. El régimen jurídico de los inmuebles del ramo de defensa. 4.1. Titularidad y coordinación. 4.2. Modos de adquisición. 4.3. La expropiación por razón de defensa nacional y la requisita. 4.4. Afectación y desafección. 4.5. Uso del patrimonio inmobiliario de Defensa. 4.6. Concesiones y autorizaciones. 5. Gestión y administración de los bienes inmuebles del ramo de la Defensa. 5.1. DIGENIN. 5.2. Especial mención al INVIED. 6. Protección de los inmuebles de la Defensa. 6.1. Protección penal. 6.2. Protección en vía disciplinaria. 6.3. Las zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional. 7. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN, OBJETIVO Y METODOLOGÍA

Tras los Ministerios de Seguridad Social e Interior, el Ministerio de Defensa abarca el mayor patrimonio inmobiliario del Estado español<sup>1</sup>, co-

---

<sup>1</sup> Téngase en consideración que, de acuerdo al artículo 9 de la ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, el Patrimonio del Estado está inte-

respondiéndole, a fecha de 2019, la gestión y administración de un total de 1.802 bienes inmuebles<sup>2</sup>. Sucede, sin embargo, que este patrimonio se ve enormemente incrementado si al mismo se le añaden los bienes inmuebles gestionados por los organismos autónomos dependientes de este departamento. Así, en el año 2021 el Instituto de Vivienda, Infraestructura y Equipamiento de la Defensa (INVIED O. A.) presentaba una memoria en la que inventariaba cerca de 12.000 bienes inmuebles bajo su gestión<sup>3</sup>. A este patrimonio inmobiliario, originario del correspondiente al Ministerio de Defensa y, por tanto, de aquel que estuvo estrictamente sujeto a la defensa nacional, también podrían sumársele el de otros organismos públicos como el del Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial «Esteban Terradas» (INTA) o el del Centro Nacional de Inteligencia (CNI).

Los específicos cometidos asignados al Ministerio de Defensa, concretados en las altas funciones encomendadas por el artículo 8 de la Constitución Española a las Fuerzas Armadas<sup>4</sup>, han determinado la configuración de un conjunto de especialidades en la gestión, administración y protección de ese patrimonio inmobiliario. Tales especialidades, por cuanto a día de hoy se encuentran dispersas en diversas normas, serán recopiladas en el presente estudio, cuyo objeto primordial es, no solo tratar de ofrecer un modesto compendio de las especificidades del régimen jurídico patrimonial de los bienes inmuebles del ramo de defensa, sino también reflexionar sobre su naturaleza, su contenido, sus principales retos y controversias.

Las especialidades del régimen jurídico de los bienes inmuebles del ramo de la defensa, entendido en el amplio sentido que incluye tanto bienes demaniales como patrimoniales, podrían considerarse, a mi juicio, como creadoras de un régimen jurídico propio, aunque, como afirma Vida Fernández (2013)<sup>5</sup>, tales especialidades no son de entidad suficiente como

---

grado por el patrimonio de la Administración General del Estado y los patrimonios de los organismos públicos que se encuentren en relación de dependencia o vinculación con la misma.

<sup>2</sup> Los últimos datos aportados por Defensa, en el marco de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, datan de noviembre de 2019, sin que hayan podido obtenerse datos posteriores.

<sup>3</sup> La memoria, editada y publicada por el mismo Instituto de Vivienda, Infraestructura y Equipamiento de la Defensa (INVIED O. A.), se hizo pública en el año 2021. Disponible en: <https://www.defensa.gob.es/invied/>. A fecha de la redacción de este estudio no se encuentra disponible la memoria de actividades de 2022.

<sup>4</sup> El artículo 8 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978 dispone: «Las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional».

<sup>5</sup> Vida Fernández, J. (2013). Los bienes de la defensa nacional. En: Palomar Olmeda, A. y Parejo Alfonso, I. *Derecho de los bienes públicos*. Aranzadi Thomson Reuters. Tomo 2, p. 232.

para dar lugar a una subcategoría unitaria y homogénea en el conjunto del patrimonio del Estado. En este sentido, el régimen jurídico propio de los bienes de la defensa es, más que un régimen jurídico especial<sup>6</sup>, una suma de singularidades que puntualmente afectan al régimen común o general de los bienes de las Administraciones Públicas<sup>7</sup>.

Como se verá, las especialidades previstas para la gestión y la protección de los bienes inmuebles de la defensa nacional se constituyen como la razón fundamental que justifica la existencia de un régimen jurídico propio, que no especial, con respecto del común o general aplicable al resto de los bienes inmuebles pertenecientes al Patrimonio del Estado.

Ahora bien, con carácter previo al análisis del alcance de las especialidades relativas a la gestión y protección de los inmuebles del ramo de la defensa, deben realizarse otras consideraciones sobre ciertas especificidades aplicables a los mismos con respecto del régimen general de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAAPP). De este modo, para facilitar la comprensión y estudio del presente estudio, tras una breve exposición de los antecedentes más inmediatos (apartado 2) y una sucinta introducción sobre el concepto y las clases de «bienes inmuebles del ramo de la defensa» (apartado 3), el lector hallará un apartado destinado a desmembrar y analizar las singularidades aplicables a su titularidad, adquisición, afectación, desafectación y uso (apartado 4). El apartado 5º está destinado al estudio de la gestión del patrimonio inmobiliario del ramo de la defensa, mientras que el apartado sexto se halla dedicado al análisis de la protección de dicho patrimonio. Así, una vez delimitado el alcance de las especialidades patrimoniales aplicables a esta categoría de inmuebles Estatales, se ofrecerán las conclusiones finales del estudio.

## 2. ANTECEDENTES

Como afirma Fernández-Piñeyro (1995), el examen histórico de las especialidades aplicables a los bienes inmuebles del ramo de la defensa

---

<sup>6</sup> Ha de matizarse que, en lo que se refiere a la gestión de estos bienes, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, si parece reconocer la existencia de un «régimen especial», así, como se estudiará en profundidad en este Estudio (apartado 4), la disposición adicional séptima dispone «[...] la vigencia del régimen especial de gestión de bienes inmuebles afectados al Ministerio de Defensa establecido en las normas reguladoras del organismo —refiriéndose al INVIED— se extinguirá transcurridos quince años desde el 1 de enero de 2018».

<sup>7</sup> Vida Fernández, J. (2013). Los bienes de la defensa nacional. En: Palomar Olmeda, A. y Parejo Alfonso, I. *Derecho de los bienes públicos*. Aranzadi Thomson Reuters. Tomo 2, p. 232.

muestra que «el criterio tradicionalmente sostenido ha consistido siempre en que el producto de los bienes afectados al ramo de Guerra debía invertirse en el propio ramo de Guerra como si se tratase de un subpatrimonio autónomo dentro del patrimonio general del Estado»<sup>8</sup>.

Este criterio, opuesto a los vigentes principios de unidad de caja y de unidad del Patrimonio del Estado, se remonta a 1887, fijado, eso sí, bajo la idea de la personalidad jurídica única del Estado<sup>9</sup>. El mismo criterio se siguió en las Leyes de Presupuestos de 30 de julio de 1875, de 5 de agosto de 1893, de 29 de diciembre de 1903, de 31 de diciembre de 1907, de 28 de diciembre de 1910, de 24 de diciembre de 1912, etc.

A mediados del siglo XX, este criterio se ve reforzado con la sucesiva creación de la Junta Mixta de Urbanización y Acuartelamiento, creada mediante Real Decreto de 16 de marzo de 1927; las Juntas Regionales de Acuartelamiento, creadas por Ley de 14 de marzo de 1942 y la Junta Central de Acuartelamiento, cuyo Reglamento quedó aprobado mediante Decreto de 7 de abril de 1960. Todos estos organismos se configuraron como organismos autónomos dependientes del Ministerio del Ejército con amplias facultades para comprar, vender, permutar y arrendar los inmuebles pertenecientes al ramo de la defensa nacional.

La ya derogada Ley del Patrimonio del Estado<sup>10</sup>, pese a su marcada intención unificadora, respetó la subsistencia de la Junta Central de Acuartelamiento regida por su normativa particular, lo que a su vez suponía el mantenimiento de ese régimen «autónomo» en la gestión de los bienes que integran el demanio castrense. De hecho, la Disposición Transitoria única de este mismo texto legal

«en atención a las circunstancias especiales que concurren en el Ministerio del Ejército» contempló la necesidad de elaborar y promulgar una Ley dirigida a la refundición y unificación de las especialidades existentes sobre la gestión del patrimonio inmobiliario de la defensa,

---

<sup>8</sup> Fernández-Piñeyro y Hernández, E (1995). *Régimen jurídico de los bienes inmuebles militares. (Estudio jurídico-administrativo de los inmuebles gestionados por el Ministerio de Defensa: su adquisición y enajenación. Sus efectos en la propiedad privada colindante y su relación con las leyes sectoriales sobre urbanismo, medioambiente, costas y puertos)*. Madrid, Libro monográfico coeditado por Marcial Pons y el Ministerio de Defensa, p. 126.

<sup>9</sup> Ley de 30 de julio de 1887, inserta en la *Colección Legislativa* de 1902, 161, relativa a la venta o permuta de edificios y fincas del Estado, afectas al servicio de Guerra. Por aquel entonces, junto a la misma se aplicaba el Real Decreto de 25 de julio de 1902, que regulaba la entrega de inmuebles del Estado afectos a Guerra.

<sup>10</sup> Decreto 1022/1964, de 15 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Bases del Patrimonio del Estado.

en particular de «las normas reguladoras del Fondo de Atenciones Generales y del Material Inútil de dicho Departamento».

A la Junta Central de Acuartelamiento le siguió la Gerencia de Infraestructura de la Defensa, creada ya a finales del siglo XX mediante la Ley 28/1984, de 31 de julio. Su creación respondió a la reorganización del Ministerio de Defensa efectuada en la época, suponiendo una mayor integración de los tres Ejércitos, así como a los requerimientos de la política militar entonces aprobada por las Cortes, centrada en el mejor aprovechamiento de los recursos disponibles, en el menor plazo y con la mayor economía para el Estado. Así, con justificación en la necesidad de contar con medios propios que permitieran una actuación más flexible de la Defensa en materia urbanística y patrimonial, esta Ley perpetuaba el régimen de gestión especial de los bienes inmuebles de la defensa.

Ya en el año 2000, la Gerencia de Infraestructura y Equipamiento de la Defensa, con el objeto de dar respuesta a las nuevas necesidades surgidas en el Ministerio de Defensa, a la continuación de adaptación de las infraestructuras de los ejércitos a su despliegue, a la profesionalización del personal de tropa y a los condicionantes presupuestarios, sucede a la Gerencia de Infraestructura de la Defensa. A este organismo le sigue el Instituto de Vivienda, Infraestructura y Equipamiento de la Defensa, cuyos estatutos fueron aprobados mediante Real Decreto 1286/2010, de 15 de octubre. En la actualidad, como se verá al tratar la gestión del patrimonio inmobiliario de la defensa, este organismo está sujeto a un nuevo estatuto que fue aprobado en 2017, por Real Decreto 1080/2017, de 29 de diciembre.

La realidad es que en el desarrollo y adaptación de estos organismos a las necesidades cambiantes de la defensa nacional se constata una nota de provisionalidad. Efectivamente, en las normas creadoras de estos organismos se fijaba un plazo de vigencia determinado, sujetando el régimen especial de gestión de los bienes inmuebles de la defensa a su extinción. A pesar de ello, la intensa labor que han realizado estos organismos, el incommensurable esfuerzo desplegado para dotar a las Fuerzas Armadas de los medios necesarios para garantizar su operatividad, el gran volumen de obras exigidas por los inmuebles militares y la acreditada eficacia y flexibilidad en su funcionamiento han justificado sucesivas y continuadas prórrogas de sus regímenes estatutarios, lo que ha permitido que por medio de la gestión «autónoma» de los bienes inmuebles de defensa se haya consolidado una continuada autofinanciación de la defensa nacional, sin recargo al Presupuesto del Estado.

A día de hoy, esta nota de provisionalidad sigue patente en la LPAAPP, que tras la reforma operada por la disposición final 10.1 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, recogió, como se estudiará, una nueva prórroga del régimen jurídico patrimonial especial del organismo autónomo «Instituto de Vivienda, Infraestructura y Equipamiento de la Defensa».

### 3. LOS BIENES INMUEBLES DEL RAMO DE LA DEFENSA: CONCEPTO Y CLASES

Con carácter previo a cualquier consideración y a los efectos de este estudio, de aquí en adelante se considerarán bienes inmuebles aquellos a los que se refiere tanto el artículo 334 del Código Civil como el artículo 6 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo. En este sentido, consideraremos como *bien inmueble* el suelo y subsuelo que comprenden tierras, caminos, minas, aguas vivas y estancadas; y también todas aquellas cosas unidas permanentemente al suelo o a un inmueble, como las edificaciones, árboles, ornamentaciones, viveros, etc. Esta es, sin lugar a dudas, una definición civilista que podría chocar en el campo de un estudio de derecho administrativo. Sin embargo, la misma se muestra útil para ilustrar a los posibles lectores del mismo sobre la intención de abarcar todos los bienes inmuebles del ramo de la defensa, que como se estudiará, son muy dispares y variados.

Sentado lo anterior y también como preludio a este apartado, debe reiterarse que en este estudio se intentará tratar el régimen jurídico de todos los inmuebles del ramo de defensa y no solo de aquellos de los que figura como titular el Ministerio. De este modo, aunque aquí nos reframamos de modo genérico a bienes inmuebles del ramo de la defensa, en apartados posteriores se delimitarán las especialidades de aquellos pertenecientes al Ministerio de aquellos de los que son titulares las entidades instrumentales que, dotadas de personalidad jurídica, actúan con dependencia de aquel.

#### 3.1. CONCEPTO

Para ofrecer un concepto preciso de «bienes inmuebles del ramo de la defensa» hemos de partir del concepto de «bienes inmuebles militares». Pues bien, desde una perspectiva jurídica, los bienes inmuebles militares son aquellos que se encuentran vinculados, directa o indirectamente, a la

defensa nacional. La denominación de bienes inmuebles «militares» responde a la general identificación que se hace de los mismos con las Fuerzas Armadas y las misiones constitucionalmente atribuidas a estas, aunque, como ya se ha anticipado, los mismos también pueden pertenecer a otras entidades, como sucede con algunos organismos del sector público institucional dependientes del Ministerio de Defensa. Consecuentemente, el criterio delimitador de la noción de los bienes inmuebles militares no es su titularidad pública o su concreta adscripción al Ministerio de Defensa o sus organismos públicos, sino el criterio funcional de vinculación de los mismos con la defensa nacional. Ello permite que, al hablar de bienes inmuebles militares también podamos referirnos a los inmuebles del demanio público militar o del demanio castrense<sup>11</sup>.

Por su parte, los «bienes inmuebles del ramo de la defensa» han de asimilarse a un concepto más amplio que el de «bienes inmuebles militares», ya que comprenderían, con carácter general, todos los bienes inmuebles de titularidad del Ministerio de Defensa y de sus organismos dependientes. Es decir, los bienes inmuebles del ramo de la defensa, además de englobar los bienes inmuebles militares, también abarcarían aquellos que, a pesar de no estar vinculados a la defensa nacional, pertenecen a la Administración militar.

Los bienes inmuebles del ramo de la defensa podrían ser catalogados, en primer lugar, atendiendo a la básica y elemental clasificación que realiza la misma Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, diferenciando entre bienes demaniales y patrimoniales y, en segundo lugar, en función de otros aspectos de menos relevancia pero que por sus características o naturaleza dotan a los inmuebles de defensa de ciertas especialidades con respecto de otros pertenecientes al mismo ramo. Así, dentro de estas últimas clasificaciones veremos, entre otras cuestiones, los inmuebles de la defensa en espacios naturales protegidos o en la zona marítimo-terrestre.

### 3.2. LOS INMUEBLES DEL RAMO DE LA DEFENSA SEGÚN LA LPAAPP: BIENES DEMANIALES Y BIENES PATRIMONIALES

Atendiendo a lo establecido en el artículo 4 de la LPAAPP, los bienes inmuebles de defensa podrían ser clasificados en bienes demaniales y bienes patrimoniales<sup>12</sup>. Este precepto señala: «Por razón del régimen jurídico

<sup>11</sup> Vida Fernández, J. (2013). Los bienes de la defensa nacional. En: Palomar Olmeda, A. y Parejo Alfonso, I. *Derecho de los bienes públicos*. Aranzadi Thomson Reuters. Tomo 2, p. 218.

<sup>12</sup> En este punto cabría recordar que la misma Constitución española recoge esta clasificación. Así, el apartado primero de su artículo 132 dispone: «La ley regulará el régimen

al que están sujetos, los bienes y derechos que integran el patrimonio de las Administraciones públicas pueden ser de dominio público o demaniales y de dominio privado o patrimoniales».

Los inmuebles demaniales militares configuran, junto con los respectivos bienes muebles demaniales, el denominado demanio militar, es decir, aquel que comprende todos los bienes afectados a la defensa nacional. Los bienes inmuebles del demanio castrense se caracterizan, fundamentalmente, por las siguientes notas:<sup>13</sup>

El demanio militar es de titularidad estatal. La atribución de esta titularidad hunde sus raíces en el mismo sistema de competencias asumibles configurado por la Constitución española en sus artículos 148 y 149. En concreto, el artículo 149.1.4.<sup>a</sup> atribuye al Estado competencias exclusivas sobre la Defensa y las Fuerzas Armadas, constituyéndose esta competencia, como ha precisado el prestigioso García de Enterría (1982)<sup>14</sup>, una competencia exclusiva absoluta, destacando «el carácter necesario, permanente e intangible» de su titularidad en el Estado, en cuanto que persigue el «aseguramiento de los elementos estructurales básicos que sostienen la construcción entera del Estado conjunto en el que se engloba el poder central y los poderes territoriales autonómicos». De esta manera, puede afirmarse que la CE establece la titularidad estatal de los bienes afectados a la defensa nacional<sup>15</sup>.

Normalmente, se encuentran excluidos del uso común<sup>16</sup>, pues la regla general es que los bienes inmuebles de dominio público del ramo de la defensa estén directa y estrictamente sujetos a la defensa nacional. De esta manera, si bien el demanio militar no es normalmente de uso general, este

---

*jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación».*

<sup>13</sup> Rodríguez-Villasante y Prieto, J. L. (1987). El derecho urbanístico militar, gestión y protección de los recursos inmobiliarios de la defensa nacional. *Revista española de Derecho militar*. 44-50, p. 11-57.

<sup>14</sup> García de Enterría, E. (1982). La significación de las competencias exclusivas del Estado en el sistema autonómico. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 5, p. 83.

<sup>15</sup> Fernández-Piñeyro y Hernández, E. (1995). *Régimen jurídico de los bienes inmuebles militares. (Estudio jurídico-administrativo de los inmuebles gestionados por el Ministerio de Defensa: su adquisición y enajenación. Sus efectos en la propiedad privada colindante y su relación con las leyes sectoriales sobre urbanismo, medioambiente, costas y puertos)*. Libro monográfico coeditado por Marcial Pons y el Ministerio de Defensa. Madrid, p. 51.

<sup>16</sup> Signifíquese que son bienes y derechos de dominio público los que, siendo de titularidad pública, se encuentren afectados al uso general o al servicio público, así como aquellos a los que una ley otorgue expresamente el carácter de demaniales.

presta un indiscutible servicio público<sup>17</sup>. A este respecto podría traerse a colación, aunque sea tan solo por su incalculable carácter didáctico y su extraordinaria capacidad clarificadora, la doctrina de Hauriou sobre el servicio público:

«[...] La administración se reduce a la actividad de un cierto número de personas morales: el Estado, los departamentos, los municipios, los establecimientos públicos; esta actividad está mezclada con la nuestra, tiene por objeto la ejecución de los servicios públicos establecidos en nuestro beneficio. Estos entes morales, mediante su policía, vigilan nuestra seguridad, nuestro reposo, nuestra salud; mediante sus obras públicas y sus diversas gestiones, contribuyen a nuestro bienestar y a nuestra fortuna; vivimos envueltos en ellos, de su protección y de su gracia. Por su parte, ellos viven en nosotros; nosotros les proporcionamos el impuesto, el personal y toda clase de obediencias; aún más, mediante el régimen electoral contribuimos a constituir sus elementos orgánicos»<sup>18</sup>.

La tercera característica fundamental deviene consecuencia de la anterior y es que los bienes inmuebles demaniales de defensa, se caracterizan por encontrarse afectados a la defensa nacional. En este punto debe tenerse en consideración la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, que en su artículo 2 señala:

---

<sup>17</sup> Al respecto, no faltan autores que han entendido que la defensa nacional excede de lo que tradicionalmente se ha entendido como «servicio público», considerando que el reconocimiento implícito de la misma en el Título Preliminar de la CE, artículo 8, dota a la defensa nacional de sustantividad jurídica propia, sobrepasando los límites de la clásica definición de servicio público. A favor de esta tesis se encuentra un precedente en nuestro derecho positivo, como es el artículo 5, apartado 1.º, del Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprobó con carácter definitivo el Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946, toda vez que al enumerar las distintas categorías de bienes de dominio público que quedan exceptuados de inscripción registral distingue, cuando se refiere a los bienes afectados pertenecientes privativamente al Estado, entre los destinados a algún servicio público, al fomento de la riqueza nacional o a las necesidades de la defensa del territorio. A pesar de ello, la Directiva de Defensa Nacional en curso al momento de redactar este estudio (Directiva de Defensa Nacional de 2020), comienza con un rotundo: «La Defensa es un servicio público que contribuye a mantener la seguridad y los derechos y libertades de los españoles en cualquier situación». A favor de considerar la defensa nacional como servicio público se ha posicionado Garrido Falla, F. (2002). *Tratado de Derecho Administrativo*. 11ª ed. Madrid, Tecnos, p. 517. y Fuentes Bodelón, F. (1977). *Derecho administrativo de los bienes*. Madrid, ENAP, p. 457.

<sup>18</sup> Hauriou, M. (1976). *La gestión administrativa. Obra escogida*. Santamaría Pastor, J. A. y Muñoz Machado, S. (trad.). Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, p. 127.

«La política de defensa tiene por finalidad la protección del conjunto de la sociedad española, de su Constitución, de los valores superiores, principios e instituciones que en ésta se consagran, del Estado social y democrático de derecho, del pleno ejercicio de los derechos y libertades y de la garantía, independencia e integridad territorial de España. Asimismo, tiene por objetivo contribuir a la preservación de la paz y seguridad internacionales, en el marco de los compromisos contraídos por el Reino de España»<sup>19</sup>.

Como se verá, el régimen patrimonial de los bienes inmuebles del dominio público militar también está caracterizado por una protección exorbitante, arbitrada, con el objetivo de salvaguardar el fin de utilidad pública al que están afectados, pudiendo decirse que el demanio militar se encuentra protegido por el grado máximo de la escala de la demanialidad de la que hablaba Duguít<sup>20</sup>. En efecto, a los bienes inmuebles del ramo de defensa categorizados como bienes demaniales se les aplica el régimen de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad que consagra la Constitución, gozan de la protección administrativa que regula la LPAAPP (facultad de deslinde y recuperación posesoria de oficio, publicidad posesoria, potestad sancionadora, etc.) y están protegidos tanto disciplinaria como penalmente.

Un aspecto sumamente relevante en lo que se refiere a la protección de los bienes inmuebles de dominio público del ramo de la defensa es que esta alcanza, a diferencia de lo que sucede con la mayoría de los inmuebles del patrimonio del Estado, no solo el terreno y la construcción de titularidad estatal en cuestión, sino también las áreas públicas o privadas que rodean tales terrenos, lo que genera, como se verá al tratar las Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, importantes limitaciones al derecho de propiedad. Al respecto, señala Fernández-Piñeyro y Hernández (1995)<sup>21</sup> que «existe una larga tradición en la legislación de todos los

---

<sup>19</sup> No consideramos procedente ahondar en el concepto de defensa nacional, ampliamente estudiado por numerosos tratadistas, aunque si cabría traer a colación su reconocimiento en los artículos 8, 97 y 149.1. 4.ª de la CE.

<sup>20</sup> Cazorla Prieto, L. M. y Arnaldo Alcubilla, E. (1988). *Temas de derecho constitucional y derecho administrativo*. Marcial Pons.

<sup>21</sup> Fernández-Piñeyro y Hernández, E. (1995). *Régimen jurídico de los bienes inmuebles militares. (Estudio jurídico-administrativo de los inmuebles gestionados por el Ministerio de Defensa: su adquisición y enajenación. Sus efectos en la propiedad privada colindante y su relación con las leyes sectoriales sobre urbanismo, medioambiente, costas y puertos)*. Madrid, Libro monográfico coeditado por Marcial Pons y el Ministerio de Defensa, p. 53-54.

países de cultura occidental tendente a proteger las áreas que rodean los enclaves militares y a garantizar la plena disponibilidad para la defensa del entorno inmediato a las instalaciones fijas de carácter militar».

En el momento en que un bien inmueble de Defensa deja de estar afectado a la defensa nacional pasa a categorizarse como bien patrimonial, quedando entonces sujeto a lo previsto por la LPAAPP para los bienes patrimoniales o de dominio privado<sup>22</sup>. Como veremos al tratar la gestión del patrimonio inmobiliario de la defensa, la desafectación de un bien inmueble determina que su administración pase del Ministerio al Instituto de Vivienda, Infraestructura y Equipamiento de la Defensa.

### 3.3. OTRAS CLASIFICACIONES

Junto a la básica y fundamental diferenciación entre bienes demaniales y bienes patrimoniales, hallamos multitud de formas o maneras, más o menos útiles, de catalogar los bienes inmuebles pertenecientes al ramo de la defensa nacional. La amplia cantidad y variedad de inmuebles de los que es titular el Ministerio de Defensa y sus organismos públicos hacen de su clasificación una suerte de tarea casi imposible o, como poco, difícilmente viable. Ejemplo de ello lo encontramos, como veremos, en las distintas clasificaciones que se realizan en el mismo seno de las Fuerzas Armadas, reflejo de la idiosincrasia existente en la organización y funcionamiento de los Ejércitos y que suponen que un inmueble con unas mismas características pueda adquirir distintas denominaciones y servir para diferentes finalidades. La consecuencia es que junto a la elemental catalogación que realiza la LPAAPP se puedan colacionar multitud de clasificaciones basadas en aspectos de menor relevancia, pero que por sus características o naturaleza dotan a los inmuebles de ciertas especialidades con respecto de otros pertenecientes al mismo ramo. En concreto, las clasificaciones que se han considerado más relevantes y que serán tratadas punto por punto, son las siguientes:

- La clásica clasificación del Código Civil.
- La clasificación de los inmuebles según los Ejércitos.
- Inmuebles de la defensa en espacios naturales protegidos.
- Aeródromos, aeropuertos y bases aéreas.

---

<sup>22</sup> Nótese como el artículo 7 de la LPAAPP define los bienes patrimoniales puntualizando que: «Son bienes y derechos de dominio privado o patrimoniales los que, siendo de titularidad de las Administraciones públicas, no tengan el carácter de demaniales».

- Instalaciones militares en el denominado dominio público marítimo-terrestre.
- Inmuebles de la defensa que pertenecen al patrimonio histórico español.
- Las residencias militares, las viviendas militares y los pabellones de cargo.

### **3.3.1. La clásica clasificación del Código Civil**

El Código Civil, publicado por Real Decreto de 24 de julio de 1889, clasifica los bienes inmuebles distinguiendo, según la doctrina y en cuanto a lo que a este estudio interesa, entre inmuebles por su naturaleza e inmuebles por incorporación<sup>23</sup>. Ahora bien, lo más relevante de esta clásica clasificación efectuada por el Código Civil es la posterior enumeración de algunos inmuebles pertenecientes al ramo de la defensa y su inclusión en el demanio militar estudiado previamente.

En relación con lo expuesto, el artículo 339 del Código Civil dispone, en su número segundo, que son bienes de dominio público «las murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio». Es decir, reconoce el innegable carácter demanial de ciertos bienes inmuebles por incorporación por su sola afectación a la defensa nacional. De hecho, este argumento se ve reforzado por el artículo 341 de este mismo cuerpo legal, que preceptúa: «Los bienes de dominio público, cuando dejen de estar destinados al uso general o a las necesidades de la defensa del territorio, pasan a formar parte de los bienes de propiedad del Estado». Así, implícitamente, el Código Civil contempla la misma clasificación estudiada con la LPAAPP, en el sentido de distinguir entre bienes inmuebles del ramo de defensa de dominio público, cuando estos estén afectos a la defensa nacional y de dominio privado en caso contrario, todo ello sin perjuicio de la valiosa distinción entre inmuebles por naturaleza y bienes por incorporación que indicábamos en un inicio.

### **3.3.2. La clasificación de los inmuebles según los Ejércitos**

Ejército de Tierra, Armada y Ejército del Aire y del Espacio regulan diversas clasificaciones del patrimonio inmobiliario de defensa a fin de delimitar su uso y función. En este sentido, las Normas sobre mando y régimen interior

---

<sup>23</sup> Véase el artículo 334 del Código Civil.

de las unidades e instalaciones del Ejército de Tierra, aprobadas por Orden Ministerial 50/2011, de 28 de julio, diferencia, en su artículo 7, entre Bases, Acuartelamientos y Establecimientos, que a su vez denomina genéricamente instalaciones en las que se alojan las unidades. Como ejemplo también podría mencionarse el Ejército del Aire y del Espacio, donde podríamos distinguir, atendiendo al artículo 4 de las Normas sobre mando y régimen interior de las unidades del Ejército del Aire, aprobadas por Orden Ministerial 13/2012, de 28 de febrero, entre bases aéreas, aeródromos militares, acuartelamientos aéreos y establecimientos aéreos, los cuales, se precisa, «constituyen los elementos fundamentales de la infraestructura del Ejército del Aire».

De un análisis exhaustivo de la legislación sectorial de Defensa puede observarse como los bienes inmuebles afectos a la defensa nacional se clasifican en multitud de categorías y subcategorías, como se indicó, a efectos de delimitar su uso y función. Tradicionalmente se han distinguido acuartelamientos, cuarteles generales, capitanías y comandancias, parques, bases, arsenales, aeródromos, campos de tiro o maniobras, maestranzas, estaciones navales o establecimientos militares, etc. Todo ello, debe advertirse, sin perjuicio de que estas categorías puedan ser a su vez subsumidas en otras más amplias<sup>24</sup>.

### 3.3.3. Inmuebles de la defensa en espacios naturales protegidos<sup>25</sup>

Defensa, para la preparación, adiestramiento y entrenamiento de las Fuerzas Armadas, así como para realizar cuantas actividades resulten necesarias en el marco de la defensa nacional, dispone, aproximadamente, de 135.000 hectáreas de espacios rústicos<sup>26</sup>. Estos territorios constituyen enclaves privilegiados para la supervivencia de numerosas especies animales, formaciones vegetales autóctonas, elementos geológicos singulares y, en suma, de ecosistemas y paisajes bien conservados y siempre respetados. La actividad militar requiere unas zonas de seguridad amplias, por lo que la superficie utilizada es, en general, muy inferior a la del total de la propiedad, situación que, unida a la exclusión de otros usos antrópicos (agri-

---

<sup>24</sup> Ruiz Manteca, R. (2003). El urbanismo y la legislación de defensa. *Revista española de derecho militar*. 82, p. 91.

<sup>25</sup> Franco García, M. A. (2015). Los espacios naturales protegidos y la defensa nacional: posibilidades de armonización de los intereses concurrentes. *Revista Actualidad Jurídica Ambiental*, p. 1-22.

<sup>26</sup> Información obtenida de la web del Ministerio de Defensa en fecha de marzo de 2023. Disponible en: <https://www.defensa.gob.es/medioambiente/espaciosnaturales/>

cultura, urbanismo, sobrepastoreo, caza, etc.) ha favorecido el desarrollo de los procesos naturales.

Lo expuesto ha generado que en algunos de los inmuebles del demanio castrense en los que se ubican acuartelamientos, campos de tiro, campos de maniobras, etc., hayan surgido enclaves naturales que, con el fin de salvaguardar su riqueza natural, han quedado sujetos a un régimen particular de protección. Ello se ha producido a través de múltiples vías, entre las cuales y sin que se realice una relación exhaustiva, podrían citarse: las áreas protegidas por instrumentos internacionales (como por ejemplo, los humedales de Importancia Internacional), la regulación de espacios naturales protegidos<sup>27</sup>, la inclusión de ciertos terrenos en la Red Ecológica Europea Natura 2000<sup>28</sup>, la protección por medio de normas urbanísticas (por ejemplo, por medio del Plan Especial que puedan aprobar los municipios), entre otras muy diversas vías de protección.

Entre estos espacios naturales protegidos podría citarse, a modo de ejemplo, el archipiélago de Cabrera en las islas Baleares<sup>29</sup>, la sierra del Retín en la provincia de Cádiz o las Bardenas Reales en Navarra.<sup>30</sup> Queda así a la vista como un bien inmueble de dominio público puede estar simultáneamente afecto a la defensa nacional y a la preservación ambiental, siempre que las afectaciones concurrentes sean compatibles, según precisa el artículo 67 de la LPAAPP. Ahora bien, sea cual sea la figura jurídica protectora del espacio natural y con independencia de la Administración que haya efectuado la declaración en cuestión, la doctrina jurisprudencial parece haber sentado un criterio de prevalencia de los intereses dimanantes de la defensa nacional frente a los correspondientes de protección del medioambiente, como se aprecia, entre muchas otras, en la STC de 13 de febrero de 2004 (FJ 5), en la STS, Sala 3.<sup>a</sup>, de 23 de enero de 2002<sup>31</sup> o la

---

<sup>27</sup> Sujetos a la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

<sup>28</sup> La Red Natura 2000 es una red de áreas de conservación de la biodiversidad en la Unión Europea con origen en la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres.

<sup>29</sup> Espacio natural protegido, con el carácter de Parque nacional, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 14/1991, de 29 de abril de 1991, de creación del Parque nacional marítimo-terrestre del archipiélago de Cabrera.

<sup>30</sup> Se trata de un espacio natural con diversos niveles de protección en virtud de varias normas autonómicas, entre las que podría citarse la Ley Foral 10/1999, de 6 de abril, de la Comunidad de Navarra, por la que las Bardenas Reales se declaran parque natural.

<sup>31</sup> El fundamento jurídico quinto de esta misma sentencia (STS RJ 2002/6785, de 23 de enero) señala: «[...] los intereses de la Defensa Nacional, cuya determinación es competencia exclusiva del Estado, han de prevalecer sobre la inclusión o exclusión como Parque Natural de la zona aludida. [...]».

Sentencia del Tribunal Constitucional 82/2012, de 18 de abril (FJ 4), que afirma

«[...] ninguna duda cabe de que, atendiendo a las circunstancias del caso, es la competencia estatal en materia de defensa nacional la que ha de ser considerada prevalente, debiendo entonces la concurrente competencia de la Comunidad Foral acomodarse e integrarse con aquella».

### 3.3.4. Aeródromos, aeropuertos y bases aéreas

El Ejército del Aire y del Espacio cuenta con múltiples infraestructuras con la consideración de aeródromos. Al respecto, destaca la todavía vigente Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, cuyo artículo 41 se refiere a los aeródromos del demanio militar, indicando que «los aeródromos exclusivamente destinados de una manera permanente o eventual a servicios militares tomarán esta denominación y se registrarán por su reglamentación especial. Los aeródromos militares podrán ser declarados abiertos al tráfico civil».

Estos aeródromos han de diferenciarse, en primer lugar, con los aeropuertos. La definición tanto de aeródromo como de aeropuerto la brinda la ya citada Ley sobre Navegación Aérea, que tras múltiples modificaciones, considera aeropuerto todo aeródromo en el que existan, de modo permanente, instalaciones y servicios con carácter público, para asistir de modo regular al tráfico aéreo, permitir el aparcamiento y reparaciones del material aéreo y recibir o despachar pasajeros o carga. Consiguientemente, el aeródromo ha de entenderse como una categoría de carácter instrumental del aeropuerto, en el sentido de que todo aeropuerto incluye un aeródromo. Este último, definido por el artículo 39 de la Ley sobre Navegación Aérea, debe entenderse, sencillamente, como la superficie de límites definidos, con inclusión, en su caso, de instalaciones y edificios aptos para la salida y llegada de aeronaves.

En segundo lugar, los aeródromos podrían diferenciarse de las Bases Aéreas, cuyo concepto resulta más amplio, en tanto que las Bases Aéreas no quedan restringidas al carácter operativo que se atribuye a los aeródromos, circunscritos al desarrollo de actividades aéreas, sino que además cuentan con medios para el abastecimiento y mantenimiento de tales actividades, así como para la satisfacción de las necesidades de vida del perso-

nal. En este sentido, cabe remitirse a las ya citadas Normas sobre mando y régimen interior de las unidades del Ejército del Aire.

Un último apunte que podría realizarse en este apartado es el relativo a la distinción entre «infraestructuras militares abiertas al tráfico civil» e «infraestructuras de utilización conjunta», cuyo régimen jurídico, con base en la Ley de Navegación Aérea, viene desarrollado por el Real Decreto 1167/1995, de 7 de julio, sobre régimen de uso de los aeródromos utilizados conjuntamente por una base aérea y un aeropuerto y de las bases aéreas abiertas al tráfico civil. Destacar que en las primeras ostenta la Jefatura el correspondiente mando militar, que la ejerce sobre todo el conjunto, mientras que en las segundas la dirección es compartida entre el mando militar y la Autoridad civil, director del aeropuerto correspondiente.

### **3.3.5. Instalaciones militares en el denominado dominio público marítimo-terrestre<sup>32</sup>**

El carácter estratégico de algunas zonas del dominio público marítimo-terrestre y la necesaria protección del litoral y de las aguas territoriales del Estado han derivado en que sobre las mismas se establezcan reservas al uso común general y se constituyan relevantes infraestructuras e instalaciones para la acción de las Fuerzas Armadas. Bases, Arsenales o puertos como el de Cartagena, Marín o Rota son solo algunos ejemplos de la ubicación estratégica del Ejército sobre el denominado dominio público marítimo-terrestre. En esta materia deben destacarse tres aspectos relevantes:

En primer lugar, que la reserva de uso por las Fuerzas Armadas de estos terrenos viene amparada, fundamentalmente, por el artículo 47 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Téngase en consideración que la CE dispone, en su artículo 132.2, que «*Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental*».

<sup>33</sup> Este precepto dispone: «*La Administración del Estado podrá reservarse la utilización total o parcial de determinadas pertenencias del dominio público marítimo-terrestre exclusivamente para el cumplimiento de fines de su competencia, siempre que concurran las circunstancias prevenidas en el artículo 32 de esta Ley*». El artículo 32 señala, en su apartado primero: «*Únicamente se podrá permitir la ocupación del dominio público marítimo-terrestre para aquellas actividades o instalaciones que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación*», lo que sin duda concurre en el caso de las instalaciones de la Armada, que por su naturaleza y funciones han de ubicarse, en la gran mayoría de casos, en espacios pertenecientes al dominio público marítimo-terrestre.

En segundo lugar, que el artículo 21 de la Ley de Costas exceptúa del régimen de limitaciones y servidumbres previsto por la misma para la defensa de la integridad y la preservación de las características y elementos naturales del dominio público marítimo-terrestre, los terrenos expresamente declarados de interés para la seguridad y la defensa nacional, habida cuenta de que a estos les resulta específicamente aplicable, como se verá en un apartado posterior de este estudio, la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional.

En tercer y último lugar, que los puertos, bases, estaciones, arsenales e instalaciones navales de carácter militar están, con carácter general, excluidas del ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre<sup>34</sup>.

Cabría añadir que a las competencias que ejerce el Ministerio de Defensa sobre el demanio militar ubicado en el dominio público marítimo-terrestre, han de sumársele aquellas que le competen con carácter general sobre ese mismo dominio pero fuera de las instalaciones de las que es titular. Competencias que ejerce de forma coordinada con otros departamentos ministeriales, como fomento o medioambiente. A este respecto podrían citarse los Juzgados Marítimos Permanentes, configurados como órganos administrativos unipersonales, a cuyo frente actúa, como juez, un oficial del Cuerpo Jurídico Militar, encargado de la tramitación de los expedientes de asistencias marítimas (auxilios, salvamentos y remolques), con dependencia directa del Tribunal Marítimo Central.

### **3.3.6. Inmuebles de la defensa que pertenecen al patrimonio histórico español**

El Ministerio de Defensa atesora uno de los patrimonios histórico-artísticos más relevantes del Estado español, solo superado, por razones obvias, por el Ministerio de Cultura y Deporte. En el notable acervo cultural de defensa pueden encontrarse toda clase de construcciones y no solo defensivas o militares, como castillos, fortalezas o murallas, sino también civiles, como palacios y toda clase de edificios singulares que, de un modo

---

<sup>34</sup> Así lo dispone su artículo 14, que señala: «Los puertos, bases, estaciones, arsenales e instalaciones navales de carácter militar y zonas militares portuarias quedan fuera del ámbito de aplicación de esta ley. Los espacios de dominio público afectados quedan reservados a la Administración General del Estado, ejerciéndose las competencias propias de ésta por el Ministerio de Defensa».

u otro, han sido testigos de la historia militar de España y de la contribución histórica de los españoles a la civilización universal.

Entre los inmuebles pertenecientes al patrimonio histórico de los pueblos de España encontramos museos militares, integrados en la denominada Red de Museos Militares (Museo del Ejército, Museo Naval y Museo de Aeronáutica y Astronáutica)<sup>35</sup>, archivos militares (donde podría citarse, a título de ejemplo, el Archivo General Militar de Ávila)<sup>36</sup> y bibliotecas y centros de documentación militares, integradas en la Red de Bibliotecas de Defensa<sup>37</sup>. A los museos, archivos y bibliotecas deben añadirseles numerosos inmuebles declarados como bienes de interés cultural, como la Torre del Oro en Sevilla, el Alcázar de Toledo o la Academia del Arma de Caballería de Valladolid. Todos estos inmuebles están sujetos, de forma genérica, a la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

Efectivamente, en nuestro ordenamiento jurídico los bienes inmuebles afectos a la defensa nacional pueden integrar el Patrimonio Histórico Español. Por ello y aunque sea cuestionable desde el punto de vista estratégico militar<sup>38</sup>, muchos inmuebles pertenecientes al patrimonio histórico aún se encuentran albergados por unidades de las Fuerzas Armadas en activo<sup>39</sup>. Estos bienes, atesorados y gestionados por los ejércitos a lo largo de los años, responden a un doble régimen jurídico. Por un lado, estos están sujetos al régimen jurídico propio de los inmuebles del ramo de la defensa que venimos analizando en este estudio y, por otro, están específicamente sujetos al régimen previsto por la ya citada ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español y su normativa de desarrollo.

El doble régimen al que nos referimos, permite afirmar que estos inmuebles gozan de la más alta protección prevista por el ordenamiento jurí-

---

<sup>35</sup> Creada mediante Real Decreto 1305/2009, de 31 de julio, por el que se crea la Red de Museos de España y desarrollada por Orden DEF/2532/2015, de 18 de noviembre, por la que se crea la Red de Museos de Defensa y se definen los procedimientos para la gestión de los bienes muebles del Patrimonio Histórico Español adscritos al Ministerio de Defensa.

<sup>36</sup> Sujetos al Reglamento de Archivos Militares, aprobado por Real Decreto 2598/1998, de 4 de diciembre.

<sup>37</sup> Creada por Orden DEF/92/2008, de 23 de enero, por la que se aprueba el Reglamento de Bibliotecas de Defensa.

<sup>38</sup> No puede pasarse por alto el hecho de que estos inmuebles, a pesar de pertenecer al patrimonio histórico y cultural de España, son objetivos militares legítimos para un eventual enemigo. En efecto, aunque el derecho internacional trate de proteger el patrimonio cultural, histórico y artístico de los pueblos en situaciones de conflicto armado, las necesidades militares pueden hacer ceder dicha protección. En esta materia destaca la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado (La Haya, 1954).

<sup>39</sup> En este sentido, podría mencionarse el Palacio de Buenavista, en la actualidad sede del Cuartel General del Ejército de Tierra; o el palacio de la Infanta Isabel de Borbón (Palacio de La Chata), que actualmente alberga el Cuartel General del Mando Aéreo General.

dico español para un bien público, ya que además de gozar de la protección que despliega la normativa reguladora del patrimonio histórico español, estos bienes también cuentan con la protección reforzada que nuestro ordenamiento prevé para los bienes afectos a la defensa nacional, protección que estudiaremos en profundidad en un apartado posterior de este estudio.

### **3.3.7. Las residencias militares, las viviendas militares y los pabellones de cargo**

La diseminación por todo el territorio nacional de residencias, viviendas militares y pabellones de cargo responde a la obligatoria movilidad geográfica de todos aquellos que ostentan la condición de militar. Puede afirmarse, por ello, que estos inmuebles de la defensa nacional responden a una finalidad común, como es, según su específica normativa reguladora, la de brindar alojamiento y satisfacer así las necesidades de vivienda que pueden concurrir en los militares que, por su permanente disponibilidad para el servicio, se vean obligados a desplazarse de su residencia habitual.

Las viviendas militares son inmuebles habitables que pueden encontrarse localizados dentro o fuera de bases, acuartelamientos, edificios o establecimientos militares, siendo su finalidad, de acuerdo a la Ley 26/1999, de 9 de julio, de medidas de apoyo a la movilidad geográfica de los miembros de las Fuerzas Armadas, facilitar la movilidad de los miembros de las Fuerzas Armadas. Además, las viviendas militares han de ser de titularidad o de administración del Instituto de Vivienda, Infraestructura y Equipamiento de la Defensa, o bien haber sido calificadas como tales por el ministro de Defensa.<sup>40</sup> El aspecto más característico de estas viviendas es que pueden ser arrendadas a determinados miembros de las Fuerzas Armadas mediante un contrato especial de naturaleza administrativa<sup>41</sup>, específicamente excluido del ámbito de aplicación de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.<sup>42</sup> También pueden ser enajenadas, quedando entonces sujetas

---

<sup>40</sup> Así lo disponen los artículos 18 y siguientes del Estatuto del Instituto de Vivienda, Infraestructura y Equipamiento de la Defensa, aprobado por Real Decreto 1080/2017, de 29 de diciembre.

<sup>41</sup> Sobre ello se pronunció el Tribunal Supremo en Sentencia de 13 de julio de 1999, considerando las cesiones de uso de viviendas militares como «*arrendamientos especiales de carácter administrativo*».

<sup>42</sup> Tal y como preceptúa su artículo 5, que señala: «*Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta ley: [...] b) El uso de las viviendas militares, cualquiera que fuese su calificación y régimen, que se regirán por lo dispuesto en su legislación específica. [...]*».

al procedimiento reglamentariamente establecido. En cualquiera de los casos, las normas de referencia son la ya citada Ley 29/1994, de 9 de julio y el ya mentado Estatuto del INVIED O. A.

Por su parte, los pabellones de cargo son definidos como viviendas destinadas a domicilio oficial o de representación social del militar, por razón del cargo que ostente o del destino asignado. La calificación de un inmueble como pabellón de cargo se realiza de acuerdo a la Orden DEF/3242/2005, de 10 de octubre, por la que se regulan los pabellones de cargo del Ministerio de Defensa, dictada de conformidad con la ya citada Ley 29/1994, de 9 de julio, y el ya mentado Estatuto del INVIED O. A., normas a las que estas viviendas también están sujetas.

Las residencias militares son establecimientos que pueden ubicarse tanto dentro como fuera de instalaciones militares, donde, según su finalidad y normativa, pueden alojarse, de forma más o menos estable, militares y familiares de los mismos. La mayoría de estas residencias están orientadas a brindar alojamiento a aquellos militares que se encuentran destinados en unidades, centros u organismos próximos a las mismas, si bien existen otras que funcionan como verdaderas residencias de descanso y, en este sentido, son muchas veces usadas esporádicamente y con finalidades de ocio o de recreo. Las residencias militares se encuentran sujetas, con carácter general, a la Orden Ministerial 13/2009, de 26 de marzo, por la que se establece la clasificación, usuarios y precios que deberán regir en las Residencias Militares del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire y del Espacio. De acuerdo a esta norma, estos inmuebles son clasificados en residencias militares de apoyo a la movilidad geográfica y residencias militares de acción social. A su vez, las primeras pueden ser Alojamientos Logísticos Militares o Residencias Logísticas Militares, mientras que las residencias militares de acción social pueden ser Residencias Militares de Acción Social de Descanso, Residencias Militares de Acción Social de Estudiantes y Residencias Militares de Acción Social de Atención a Mayores. Sus definiciones, usos, beneficiarios, usuarios, organización y adjudicación varía en función de la categoría de residencia ante la que nos hallemos, atendiendo siempre a la Orden Ministerial 13/2009 y sus normas de desarrollo.

#### 4. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS INMUEBLES DEL RAMO DE DEFENSA

Como se anticipó en la introducción de este estudio, las especialidades aplicables al régimen patrimonial de los bienes inmuebles del ramo de la

defensa configuran lo que podría denominarse como un régimen jurídico propio, diferenciado de aquel que con carácter general se aplica a los restantes bienes del patrimonio del Estado. A pesar de ello, como afirma Vida Fernández (2013), tales especialidades no son de suficiente calado como para situar el patrimonio de la defensa como un patrimonio separado del correspondiente al Patrimonio del Estado<sup>43</sup>. Es decir, las especificidades del régimen jurídico propio de los inmuebles de defensa que es objeto de estudio en este estudio no son de entidad suficiente como para constituir un régimen especial y autónomo, sino que más bien parecen una suma de singularidades que puntualmente afectan al régimen común o general de los bienes de las Administraciones Públicas.

En efecto, a los inmuebles de la defensa se les aplica íntegramente la ya citada Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, así como el Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, aprobado mediante Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto. De hecho, el artículo 1 de esta Ley dispone, de forma taxativa y meridiana, su objeto de establecer las bases del régimen patrimonial de todas las Administraciones públicas y regular la administración, defensa y conservación del Patrimonio del Estado. Así, la misma resulta de aplicación plena e íntegra como régimen general y salvo regulación especial, respecto del patrimonio inmobiliario del Ministerio de Defensa y de los organismos públicos vinculados o dependientes de él.

Como hemos estudiado, las normas que regulan el patrimonio del Estado disciplinan un régimen que afecta a su extensión, diferenciando entre bienes de dominio público y bienes patrimoniales, para, posteriormente, como pasamos a analizar de inmediato, regular todo lo relativo a su adquisición, su pérdida, su uso, su administración y su protección<sup>44</sup>.

En relación con lo anterior, ha de precisarse que este apartado se centrará en todo lo relativo a la titularidad de los bienes inmuebles del ramo de la defensa, los modos de adquisición, la afectación y desafectación de tales bienes, su uso y, finalmente, las autorizaciones y concesiones demaniales que sobre esos bienes puedan otorgarse. Tales extremos se estudiarán, como puede intuirse, con énfasis en el alcance de las especialidades del régimen jurídico propio de los bienes inmuebles del ramo de la defensa,

---

<sup>43</sup> Vida Fernández, J. (2013). *Los bienes de la defensa nacional*. En: Palomar Olmeda, A. y Parejo Alfonso, L. *Derecho de los bienes públicos*. Aranzadi Thomson Reuters. 2, p. 236.

<sup>44</sup> Martín Rebollo, L. (2021). *Leyes Administrativas*. 27ª ed., Thomson Reuters Aranzadi.

dejando para los apartados posteriores, debido a su importancia, lo previsto para su gestión y protección.

#### 4.1. TITULARIDAD Y COORDINACIÓN

Sentada la innegable titularidad estatal del demanio público militar, como se estudió previamente al tratar los caracteres principales de los bienes inmuebles del ramo de la defensa, debemos pasar a adentrarnos en la concreta titularidad de tales bienes en el seno del patrimonio estatal. Pues bien, en el ámbito de la defensa nacional podría hablarse de cierta dispersión del patrimonio inmobiliario, ya que junto a los bienes inmuebles pertenecientes a la Administración General del Estado y gestionados por uno de los departamentos ministeriales que la integran, como es el Ministerio de Defensa, encontramos toda una serie de bienes inmuebles militares con titularidades diversas.

En efecto, determinados bienes inmuebles del ramo de la defensa se encuentran bajo la gestión y administración de entidades pertenecientes al sector público institucional. Así sucede, en concreto, con el Centro Nacional de Inteligencia (CNI)<sup>45</sup>, el Instituto de Vivienda, Infraestructura y Equipamiento de la Defensa (INVIED), al que nos referiremos más pormenorizadamente en un apartado posterior y el Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial «Esteban Terradas» (INTA)<sup>46</sup>. Ahora bien, en algunos casos, esa dispersión de bienes es más aparente que real, pues los de esos organismos públicos no son siempre bienes propios de titularidad de esas personas jurídicas instrumentales, sino que con alguna frecuencia se trata de bienes

---

<sup>45</sup> De acuerdo al Real Decreto 593/2002, de 28 de junio, por el que se desarrolla el régimen económico presupuestario del Centro Nacional de Inteligencia, este organismo, además de su patrimonio propio, podrá tener adscritos para el cumplimiento de sus fines bienes del Patrimonio del Estado. En lo que se refiere a su patrimonio propio se añade «podrá adquirir a título oneroso o gratuito, poseer, arrendar y enajenar, bienes y derechos de cualquier clase, tanto en territorio nacional como en el extranjero, con el único requisito de la previa declaración de necesidad de su Secretario de Estado Director». Por su parte, la adscripción de bienes del Patrimonio del Estado se tramita, en efecto, por el Ministerio de Defensa.

<sup>46</sup> El INTA se constituye como un organismo autónomo dotado de personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión y plena capacidad jurídica y de obrar dentro de su esfera de competencia. Se encuentra sujeto al Real Decreto 925/2015, de 16 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial «Esteban Terradas», que atribuye la gestión de su patrimonio inmobiliario a la Secretaría General (artículo 18)

adscritos por la administración territorial matriz<sup>47</sup>. Así lo reconoce, de hecho, el Real Decreto 593/2002, de 28 de junio, por el que se desarrolla el régimen económico presupuestario del Centro Nacional de Inteligencia, al referirse a la posibilidad de que para el cumplimiento de sus fines este Centro pueda tener adscritos bienes del Patrimonio del Estado. En estos casos, la Administración matriz conserva la titularidad del bien (a través del Ministerio de Defensa) y solo asigna a la entidad filial (el CNI) su utilización.<sup>48</sup>

Antes de continuar, debe tenerse en consideración que la titularidad de bienes inmuebles por la Administración General del Estado y sus organismos públicos no obsta a que algunas administraciones territoriales ejerzan ciertas competencias o potestades sobre los mismos<sup>49</sup>.

La configuración territorial del Estado y el sistema de distribución de competencias que descansa en la misma Constitución española ha posibilitado que Comunidades Autónomas y Ayuntamientos ejerzan potestades sobre bienes inmuebles estatales, incluyendo los del ramo de la defensa, pues que un bien inmueble sea de dominio público estatal no significa que sobre ese terreno solo ostente competencias la Administración General del Estado<sup>50</sup>. En efecto, también otras administraciones pueden ejercer potestades sobre los mismos, pues el dominio público no es un título jurídico que atribuya competencias, sino una categoría que integra los bienes y derechos de la Administración. Las competencias o potestades a las que nos estamos refiriendo se ejercen, fundamentalmente, en materia de urbanismo y medioambiente y aunque en su ejercicio siempre debiera prevalecer la cooperación y coordinación interadministrativa, la Ley contempla algunas normas para aquellos casos en que lograr una solución práctica y satisfactoria para el cumplimiento del interés general puede dar lugar a con-

---

<sup>47</sup> Blanquer Criado, D (2015). Los bienes militares. En: González García, J. V.; Agoués Mendizábal, C. *Derecho de los bienes públicos*. 3<sup>a</sup> ed. Tirant lo Blanch.

<sup>48</sup> Tal y como señala el artículo 74 de la LPAAPP, los bienes y derechos patrimoniales de la Administración General del Estado pueden ser adscritos a los organismos públicos dependientes de aquella para su vinculación directa a un servicio de su competencia, o para el cumplimiento de sus fines propios. Ahora bien, esta «adscripción», o puesta a disposición del inmueble, si se prefiere, en ningún caso puede llevar aparejada el cambio de titularidad (artículo 74. 3 de la LPAAPP).

<sup>49</sup> Tempranamente se pronunció el Tribunal Constitucional sobre este aspecto. Las Sentencias 113/1983, de 6 de diciembre; 77/1984, de 3 de julio; o 56/1986, de 13 de mayo; ya apuntaron al hecho de que la atribución de una competencia sobre un ámbito físico determinado no impide necesariamente que se ejerzan otras competencias en ese espacio con distinto objeto jurídico.

<sup>50</sup> En estos casos se afirma que se produce una disociación de la titularidad del bien (que corresponde a una Administración Pública) y la titularidad de potestades sobre el bien (que puede estar atribuida a otra Administración Pública distinta).

flicto. Los siguientes son algunos ejemplos de tales normas, enfocadas a preservar la recta satisfacción de las necesidades de la defensa nacional, en relación con la influencia que la administración territorial ejerce sobre los bienes inmuebles del ramo de la defensa:

- En materia de autorizaciones urbanísticas de competencia de las corporaciones locales, la normativa municipal supone que todo acto de edificación, uso del suelo y del subsuelo requiere preceptiva licencia. Este principio, que no encuentra excepción cuando se trata de las obras ejecutadas por particulares, sí presenta especialidades en el caso de que dichos actos de edificación o uso del suelo sean llevados a cabo por entidades públicas<sup>51</sup>. Un claro reflejo de ello es que las obras afectadas directamente a la defensa nacional no están sometidas a la obtención de licencias municipales<sup>52</sup>.
- Los planes urbanísticos aprobados por las entidades locales, si bien pueden incluir normas sobre ordenación del uso del suelo en zonas en las que se ubiquen bienes inmuebles del ramo de la defensa, cuando los mismos puedan afectar a la defensa nacional, requerirán de previo informe vinculante de la Administración General del Estado<sup>53</sup>.
- En materia de medioambiente, como ya se ha visto al tratar los bienes militares en espacios naturales protegidos, esa protección deberá ceder cuando entre en un conflicto irresoluble con las competencias estatales en materia de defensa nacional. A este respecto puede reiterarse la Sentencia del Tribunal Constitucional 82/2012, de 18 de abril (FJ 4).

En definitiva, el ejercicio de potestades sobre bienes inmuebles de la defensa deberá serlo siempre de acuerdo al principio de cooperación entre las distintas Administraciones Públicas y bajo el más estricto control de legalidad, pues tal ejercicio corre el riesgo de suponer una limitación de las competencias que en exclusiva corresponden al Estado sobre la defensa nacional. De esta manera, aunque la sola existencia de intereses de la defensa no implique, de por sí, que la Administración Estatal asuma todas las

---

<sup>51</sup> Del Val Esteban, F. (2009). Régimen jurídico de las licencias urbanísticas en el ámbito del Ministerio de defensa. *Cuaderno práctico 2 de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos (EMEJ)*, p. 64-77.

<sup>52</sup> Así lo dispone el artículo 85 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que modifica la Disposición Adicional Novena de la Ley 62/2002, de 30 de diciembre.

<sup>53</sup> En estos términos, la disposición adicional segunda del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

competencias sobre una concreta porción del territorio, en caso de colisión entre el ejercicio de potestades de las administraciones territoriales y las necesidades de la defensa y cuando las técnicas de cooperación no hayan servido para solucionar la confrontación, lo correcto pasaría por otorgar prioridad a los intereses colectivos en materia de defensa nacional.

Para concluir, una vez vista la dispersión existente en la titularidad de los bienes inmuebles del ramo de la defensa y realizada una especial consideración del principio de coordinación y cooperación administrativa en el ejercicio de potestades sobre tales inmuebles, cabría preguntarse si las Fuerzas Armadas cuentan, como podría pensarse, con un patrimonio inmobiliario propio de su titularidad. Pues bien, es cierto que las Fuerzas Armadas y dentro de las mismas el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire y del Espacio, tienen a su disposición bienes propios para el cumplimiento de sus funciones, correspondiéndoles su conservación y utilización de forma autónoma. Sin embargo, ello no implica que los Ejércitos sean titulares de tales bienes, ya que las Fuerzas Armadas, al integrarse en el Ministerio de Defensa y carecer de personalidad jurídica propia, dependen, en última instancia, del Ministerio<sup>54</sup>, el cual a su vez participa de la personalidad jurídica única de la Administración General del Estado<sup>55</sup>.

#### 4.2. MODOS DE ADQUISICIÓN

Sobre esta materia, los modos de adquisición que regula el artículo 609 del Código Civil se han visto trasladados al ámbito administrativo, resultando que sin muchas diferencias los modos de adquirir la propiedad previstos en dicho Código son igualmente aplicables a los bienes de titularidad de las Administraciones Públicas, incluyendo, como no, los bienes militares. La LPAAPP regula, en su Título I, todo lo relativo a la «Adquisición de bienes y derechos» (artículos 15 a 27). El primero de sus preceptos, el artículo 15, enumera los siguientes modos de adquisición:

Por atribución de la ley.

A título oneroso, con ejercicio o no de la potestad de expropiación.

Por herencia, legado o donación.

Por prescripción.

---

<sup>54</sup> Vida Fernández, J. (2013). Los bienes de la defensa nacional. En: Palomar Plmeda, A. y Parejo Alfonso, I. *Derecho de los bienes públicos*. Aranzadi Thomson Reuters. Tomo 2, p. 230.

<sup>55</sup> En este sentido, el artículo 3.4 en relación con el artículo 2.1 a), ambos de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público.

Por ocupación.

Todos estos modos de adquirir la propiedad de bienes y derechos son perfectamente aplicables a la adquisición, con carácter general, de bienes inmuebles. Ahora bien, por la especialidad que supone en materia de defensa respecto del régimen general de adquisición de bienes inmuebles en la Administración General del Estado, debe hacerse especial mención de la adquisición por expropiación, pues como acertadamente indicaba Fernández-Piñeyro (1995), ha sido tradicional que el Ministerio de Defensa acuda al procedimiento expropiatorio e incluso, aunque con mucha menor frecuencia, a la requisa, a la hora de adquirir inmuebles para su afectación a la defensa nacional<sup>56</sup>.

Dicho esto y centrándonos en la expropiación como modo de adquirir bienes inmuebles del ramo de defensa:

#### 4.3. LA EXPROPIACIÓN POR RAZÓN DE DEFENSA NACIONAL Y LA REQUISA

Sin ánimo de realizar un análisis exhaustivo de la institución de la expropiación forzosa, pero con la firme intención de tratar los elementos fundamentales de uno de los procedimientos expropiatorios especiales, como es la expropiación por razón de defensa nacional, se ha decidido incluir el presente apartado en este, pues, efectivamente, este estudio no estaría completo si no se tratase, siquiera brevemente, la singular vía por la que la administración militar puede adquirir bienes inmuebles cuando resulte necesario por razones de defensa nacional, la vía de la expropiación.

Otra singularidad en los modos de adquisición de bienes inmuebles de defensa con respecto al régimen general aplicable al patrimonio del Estado la constituye la requisa. Esta podría ser definida como aquella potestad pública por la cual puede determinarse la privación de bienes privados sin seguir el procedimiento de expropiación forzosa. Como veremos, tal privación exige que los bienes requisados, entre los que pueden encontrarse bienes inmuebles, resulten necesarios en situaciones de emergencia o de excepción, lo que sin duda podría venir impulsado por razones militares. Ello supondría, como puede deducirse, la inclusión de los bienes

---

<sup>56</sup> Fernández-Piñeyro y Hernández, E. (1995). *Régimen jurídico de los bienes inmuebles militares. (Estudio jurídico-administrativo de los inmuebles gestionados por el Ministerio de Defensa: su adquisición y enajenación. Sus efectos en la propiedad privada colindante y su relación con las leyes sectoriales sobre urbanismo, medioambiente, costas y puertos)*. Madrid, Libro monográfico coeditado por Marcial Pons y el Ministerio de Defensa, p. 59.

inmuebles cuya requisita se haya acordado en el patrimonio inmobiliario del ramo de la defensa.

**4.3.1. La expropiación por razón de defensa nacional la prevé la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa (en adelante, LEF) el Capítulo VIII del Título III (arts. 100 a 107 LEF) así como el artículo 124 del Reglamento de expropiación forzosa, aprobado mediante Decreto de 26 de abril de 1957. Como estudiaremos, dentro de este mismo capítulo, y a pesar de su rúbrica («De la expropiación por razones de defensa nacional y seguridad del Estado») distinguimos las normas relativas a la expropiación por razón de defensa nacional, por un lado y la requisita, por otro.**

Según el artículo 1 de la LEF, la expropiación forzosa ha de entenderse como la privación de la propiedad privada o de derechos o intereses legítimos por razones de utilidad pública o interés social y mediante la correspondiente indemnización. Esta amplia definición, que ha de congeniarse con lo previsto por la misma Constitución española para esta institución de derecho público<sup>57</sup>, permite la expropiación de bienes inmuebles cuando concurra el interés social de la defensa nacional.

En efecto, por razones de defensa nacional, el Estado puede expropiar bienes inmuebles y de hecho solo bienes inmuebles, lo que se efectuará mediante un procedimiento equivalente al previsto en la LEF para el procedimiento de urgencia (artículos 52 y 53), pero con ciertas especialidades reguladas en el ya citado Capítulo VIII del Título III de la misma Ley. Así, el artículo 100 de la LEF dispone que cuando el Gobierno acuerde la adquisición de inmuebles situados en la zona militar de costas y fronteras, o por otras necesidades urgentes de la defensa y seguridad nacional, las expropiaciones que a tales fines fuere preciso realizar se ajustarán al procedimiento de urgencia. Las especialidades previstas podrían sintetizarse en las siguientes:

- El objeto de la expropiación lo constituirán exclusivamente inmuebles.
- Tales inmuebles han de hallarse situados en la zona militar de costas y fronteras, o bien ha de resultar preciso su expropiación por otras necesidades urgentes de la defensa y seguridad nacional. Ello

---

<sup>57</sup> El artículo 33.3 de la Constitución dispone: «Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes».

ha de vincularse, indiscutiblemente, con la causa *expropriandi* o finalidad que cumple esta expropiación especial.

- El sujeto expropiante es, a día de hoy, el Ministerio de Defensa.
- El expediente será tramitado por la Administración militar que corresponda en razón al ejército a cuyos servicios queden afectos los bienes ocupados, de acuerdo a un Reglamento especial que jamás ha sido aprobado. Efectivamente, el artículo 107 de la LEF dispone «Un Reglamento especial dictado por la Presidencia del Gobierno, previo informe del Consejo de Estado, desarrollará para su aplicación las normas contenidas en este capítulo». Por su parte, el ya citado Reglamento de expropiación forzosa añade: «Las expropiaciones y requisas que lleven a cabo las autoridades militares de los Ministerios del Ejército, Marina y Aire, se regularán por el Reglamento especial previsto en el artículo 107 de la Ley» (artículo 124). En tanto ese inexistente Reglamento debía ser elaborado y aprobado, el artículo 3.2 del Decreto de 23 de diciembre de 1955 estableció lo siguiente:

«Hasta tanto no se publiquen los Reglamentos a que se refieren los artículos 100 y 107 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, se declaran subsistentes con la categoría de normas reglamentarias y en todo aquello que no se oponga a los preceptos de la ley citada, las disposiciones que hasta ahora han regido la expropiación forzosa en los Ministerios del Ejército, Marina y Aire, tanto en tiempo de paz como en guerra, en zonas polémicas, de costas y fronteras y seguridad y las que regulan las requisiciones».

Ello ha producido que en la actualidad puedan ser aplicadas normas de dudosa vigencia y de complicada adaptación a la realidad de la administración militar vigente<sup>58</sup>.

- El funcionario técnico del Jurado Provincial de Expropiación será sustituido por un técnico militar del Departamento respectivo.

---

<sup>58</sup> Normas como la Ley de 15 de mayo de 1902 (sobre expropiaciones en zona militar de costas y fronteras), o el Real Decreto de 19 de febrero de 1891 (por el que se dicta el Reglamento para aplicación al ramo de Marina, en tiempos de paz, de la Ley de Expropiación Forzosa de 10 de enero de 1879).

Para profundizar sobre este tema, véase Matos Martín, P. (1979). La expropiación forzosa en el Ejército de Tierra. *Revista española de Derecho Militar*, n.º 38, pp. 105-161.

#### **4.3.2. Pasando ahora a tratar las requisas y centrándonos en las requisas militares, hay que puntualizar que, según dispone el artículo 101 de la LEF:**

«en tiempo de guerra y en caso de movilización total o parcial que no sea para maniobras, las autoridades militares podrán utilizar, previa requisas, toda clase de bienes muebles, inmuebles, derechos, empresas, industrias, alojamientos, prestaciones personales y, en general, todo cuanto sirva directa o indirectamente a los fines militares».

Fuera de estos concretos supuestos, únicamente podrán ser objeto de requisas (artículo 102.1 de la LEF):

«los alojamientos para personal, ganado y material; las raciones de pan y pienso, así como el combustible y el alumbrado, el alojamiento y cuanto sea necesario para la asistencia a enfermos o heridos; los medios terrestres, marítimos o aéreos para locomoción o transporte de personal, ganado o material de los ejércitos o sus servicios».

Es decir, como regla general, en tiempos de paz no se contempla la posibilidad de requisar bienes inmuebles por razones de defensa nacional, si bien la misma LEF establece excepciones a la regla, como la ya expuesta sobre «movilización total o parcial que no sea para maniobras» (es decir, que lo sea por la existencia de una amenaza a la defensa o seguridad nacional) y la relativa a las «grandes maniobras de concentración de fuerzas» (es decir, que se trate de maniobras pero con la especialidad de que sean «grandes» y «de concentraciones de fuerzas») que contempla el apartado segundo del artículo 102. Este precepto establece que en períodos de grandes maniobras de concentración de fuerzas se podrán también requisar por la autoridad militar correspondiente propiedades rústicas y urbanas como medios auxiliares para las maniobras, con las limitaciones y formas señaladas en los reglamentos especiales. Se precisa que estas requisas solo se podrán exigir en el territorio y en el período de tiempo que previamente se señale.

Debe añadirse que, de acuerdo al artículo 105 de la LEF, todos los supuestos de requisas expuestos dan derecho a una indemnización «por el importe del servicio prestado, del valor objetivo de lo requisado, o de los daños y desperfectos que por su causa se produzcan». La misma será fijada por la Comisión Central de Valoraciones de requisas y por las provinciales.

Resumiendo, la requisa militar ha de ser entendida, sencillamente, como la privación temporal de un bien, económico o no, dispuesta coactivamente por la Administración militar en los casos señalados por la ley y compensada mediante la adecuada indemnización<sup>59</sup>. No ha de confundirse con la ocupación temporal, regulada por la LEF en los artículos 108 y siguientes, habida cuenta de que, mientras la requisa se adopta de forma coactiva sin la necesidad de seguir un procedimiento formal (a excepción de lo previsto para la fijación y el abono de la indemnización), las ocupaciones temporales están sujetas al procedimiento expropiatorio.

#### 4.4. AFECTACIÓN Y DESAFECCIÓN

De acuerdo al artículo 65 de la LPAAPP, la afectación determina la vinculación de los bienes y derechos a un uso general o a un servicio público y su consiguiente integración en el dominio público. En efecto, el destino, que ha de ser una determinada finalidad pública, unida a la indispensable y puede que evidente titularidad pública de los bienes en cuestión, debe ser valorado como requisito ineludible en la consideración del dominio público. En la finalidad pública referida, en cuyo seno la ley diferencia el uso general y el servicio público, descansa la defensa nacional, que bien puede catalogarse, como ya se hizo en un apartado anterior de este estudio, como un servicio público. Así, de acuerdo a lo expuesto y siguiendo a la doctrina más acreditada sobre la materia<sup>60</sup>, en el ámbito de la defensa, la afectación de un bien inmueble de titularidad pública supone su vinculación a la satisfacción de las necesidades de la defensa nacional como concreta finalidad de interés público.

No ha de pasarse por alto que no todos los bienes inmuebles del ramo de la defensa están directa e inmediatamente vinculados a la recta satisfacción de las necesidades de la defensa nacional. En efecto, en lo que se refiere a la relación de vinculación de un inmueble con las necesidades de la defensa, ha de reconocerse la existencia de una «*escala de demanialidad*», es decir, de una vinculación de intensidad variable con la defensa

---

<sup>59</sup> Carretero Pérez, A. (1966). *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*. 4ª ed. Madrid, Santillana.

<sup>60</sup> Fernández-Piñeyro y Hernández, E (1995). *Régimen jurídico de los bienes inmuebles militares. (Estudio jurídico-administrativo de los inmuebles gestionados por el Ministerio de Defensa: su adquisición y enajenación. Sus efectos en la propiedad privada colindante y su relación con las leyes sectoriales sobre urbanismo, medioambiente, costas y puertos)*. Madrid, Libro monográfico coeditado por Marcial Pons y el Ministerio de Defensa.

nacional<sup>61</sup>, pues parece evidente que no es igual el grado de vinculación de un Cuartel General, que se presenta como directo e inmediato, con el grado de vinculación de un campo de golf, como el ubicado del Centro Deportivo y Sociocultural Militar del Ejército de Tierra «La Dehesa», en el que la vinculación con la defensa es indirecta y casi remota<sup>62</sup>. En la actualidad, la exigencia de que los inmuebles de defensa de propiedad del Estado estén afectos a la defensa nacional ha de ser interpretada de forma amplia. La evolución legislativa ha llevado a entender que, como se indicó previamente, la afección a los intereses de la defensa nacional ya no tiene por qué producirse «directamente», como imponía el artículo 64 a) de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, al establecer las exenciones aplicables al Impuesto sobre Bienes Inmuebles, de modo que hoy puede admitirse la afectación indirecta o mediata<sup>63</sup>.

En este sentido, como afirma Vida Fernández (2013)<sup>64</sup>,

«un museo militar puede considerarse ajeno a la Defensa si se considera desde un punto de vista estratégico militar, pero no cabe duda que contribuye al mantenimiento de la Historia militar, a la difusión de la cultura militar y la mejor comprensión de su labor en la sociedad actual, que son funciones que redundan y responden en última instancia a la Defensa Nacional».

La afectación de un bien a la defensa nacional ha de seguir el procedimiento previsto, con carácter general, en los artículos 65 y siguientes de la LPAAPP<sup>65</sup>. Ahora bien, con base a lo establecido en las disposiciones

---

<sup>61</sup> González García, J. V. y Agoués Mendizábal, C. (2015). *Derecho de los bienes públicos*. 3ª ed. Tirant lo Blanch.

<sup>62</sup> En este último ejemplo, la indirecta vinculación con la defensa nacional de los centros deportivos y socioculturales militares radica en la necesidad de prestar apoyo a la preparación física de los militares. Asimismo, estos centros actúan como núcleo de acción social y cultural de estos y sus familias, fomentando las relaciones sociales, el compañerismo y la amistad dentro de los Ejércitos, algo esencial si se tiene en consideración la exigencia de movilidad geográfica a la que los militares están sometidos a lo largo de su trayectoria profesional. En este sentido, la Orden DEF/792/2003, de 25 de marzo, por la que se establece el régimen jurídico y de funcionamiento de los Centros Deportivos y Socioculturales Militares.

<sup>63</sup> STS, Sala Tercera, 3819/2011, de 27 de mayo de 2011 (Recurso 17/2010).

<sup>64</sup> Vida Fernández, J. (2013). Los bienes de la defensa nacional. En: Palomar Olmeda, A y Parejo Alfonso, L. *Derecho de los bienes públicos*. Aranzadi Thomson Reuters. Tomo 2, p. 279.

<sup>65</sup> No procede que en este estudio se realice un análisis completo del procedimiento general de afectación de los bienes inmuebles. Sí podría indicarse que dentro de la misma se diferencia la afectación expresa, la afectación implícita y la afectación presunta; y dentro de

adicionales sexta<sup>66</sup> y séptima<sup>67</sup> de la misma, en la determinación del procedimiento de afectación de los bienes inmuebles del ramo de la defensa también ha de tenerse en consideración el Estatuto del organismo autónomo Instituto de Vivienda, Infraestructura y Equipamiento de la Defensa, aprobado por Real Decreto 1080/2017, de 29 de diciembre. De acuerdo al artículo 54 de este Estatuto, la afectación a los fines del Ministerio de Defensa para uso por las Fuerzas Armadas deberá ser acordada por el Ministerio de Hacienda y Función Pública, inscribiéndose, una vez efectuada, en el Registro de la Propiedad por el INVIED O. A.

El procedimiento de afectación que ha sido expuesto sucintamente en las líneas precedentes se ve exceptuado en los supuestos que en que los inmuebles son adquiridos por medio de la expropiación forzosa, vía que es, de hecho, frecuentemente empleada por la Administración militar. En estos casos, cumplimentados los trámites que contempla la legislación vigente para el especial procedimiento expropiatorio por razón de defensa nacional, la afectación del bien inmueble a la defensa se entiende implícita,<sup>68</sup> inaplicándose la regla general por la cual se impone que la afectación de bienes y derechos se realice mediante acto expreso del Ministerio de Hacienda.

---

la primera, la afectación expresa genérica por ley y la afectación expresa singular por resolución administrativa. En cualquier caso, cabría remitirse a la obra general que sobre la materia ha servido de base a este estudio: Chinchilla Marín, C. (2004). *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*. Thomson-Civitas, pp. 385 y ss.

<sup>66</sup> La disposición adicional sexta de la LPAAPP, relativa al régimen patrimonial del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas, dispone que: «El régimen patrimonial del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas se regirá por su normativa especial, siendo de aplicación supletoria esta ley».

<sup>67</sup> La disposición adicional séptima de la LPAAPP, relativa a los bienes afectados al Ministerio de Defensa y Fuerzas Armadas, dispone lo siguiente:

«1. El régimen jurídico patrimonial del organismo autónomo “Instituto de Vivienda, Infraestructura y Equipamiento de la Defensa” se regirá por su normativa especial, aplicándose supletoriamente esta ley. No obstante, la vigencia del régimen especial de gestión de bienes inmuebles afectados al Ministerio de Defensa establecido en las normas reguladoras del organismo se extinguirá transcurridos quince años desde el 1 de enero de 2018.

2. La enajenación de bienes muebles y productos de defensa afectados al uso de las Fuerzas Armadas se regirá por su legislación especial, aplicándose supletoriamente las disposiciones de esta Ley y sus normas de desarrollo».

<sup>68</sup> Así lo establece el artículo 24 de la LPAAPP, que dispone: «1. Las adquisiciones que se produzcan en ejercicio de la potestad de expropiación se regirán por la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa y por la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones u otras normas especiales». El apartado segundo añade: «En estos casos, la afectación del bien o derecho al uso general, al servicio público, o a fines y funciones de carácter público se entenderá implícita en la expropiación».

En lo que se refiere a la desafectación de los inmuebles del ramo de la defensa, esta supone, como precisa la doctrina jurisprudencial<sup>69</sup>, su sustracción del dominio público y, por ende, del régimen de protección exorbitante al que se encontraba sometido a consecuencia de su vinculación a la defensa nacional. En síntesis, la desafectación conlleva las siguientes consecuencias: (1) el bien pasa a ser patrimonial; (2) pasa a ser alienable, prescriptible y embargable y (3) pierde las prerrogativas propias del dominio público.<sup>70</sup>

Frente a la regla general por la cual la desafectación de los bienes inmuebles del Patrimonio del Estado corresponde al ministro de Hacienda, previa incoación e instrucción del procedimiento pertinente por la Dirección General del Patrimonio del Estado, en el caso de los bienes inmuebles del ramo de la defensa dicha competencia está atribuida al ministro de Defensa. En efecto, el régimen especial de gestión de bienes inmuebles que consagra la disposición adicional séptima de la LPAAPP posibilita, que sea el titular del Ministerio de Defensa a quien corresponda la desafectación de los bienes adscritos a su departamento ministerial. No siendo una disposición administrativa de carácter general una norma adecuada para regular esta importante especialidad en la gestión del Patrimonio del Estado, resulta acertado que la competencia mentada no se encuentre prevista en el Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto del INVIED y ello a pesar de su mención en los artículos 8 y 34.<sup>71</sup> Sin embargo y pese a este acierto en el ámbito reglamentario, sorprende que para hallar la norma que determina la competencia del ministro de Defensa para la desafectación de los bienes adscritos a su ministerio deba acudir a una Ley multidisciplinar y anterior a la aprobación de la vigente LPAAPP. En concreto, esta previsión normativa la encontramos aislada en el párrafo tercero del artículo 71.5 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que dispone que «el Ministro de Defensa ostenta la facultad para la declaración de desafectación y de alienabilidad de todos los bienes afectados al Ministerio de Defensa». Esta desamparada disposición

---

<sup>69</sup> Al respecto, podría traerse a colación la STS, Sala Tercera, de 26 de enero del 2000, número de recurso 6136/1997.

<sup>70</sup> Chinchilla Marín, C. (2004). *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*. Thomson-Civitas, pp. 404-405.

<sup>71</sup> Este último dispone, en relación con la enajenación de bienes inmuebles afectos al Ministerio de Defensa, que: «*Los bienes inmuebles, distintos de las viviendas militares, que sean desafectados por el Ministro de Defensa y puestos a la disposición del INVIED O.A. serán objeto de enajenación*».

patrimonial, desconcertante por lo insólito de su ubicación<sup>72</sup>, permanece vigente, sin que se conozca intención de incluirla en la LPAAPP, o de dotarla de una norma específica que la regule.

Además de la desafectación de los inmuebles del Ministerio, el ministro de Defensa también tiene atribuida la potestad para desafectar los inmuebles de dominio público de titularidad de los organismos públicos dependientes de aquel (CNI, INVIED, INTA e ISFAS), tal y como dispone el artículo 70.3 de la LPAAPP.

La facultad de desafectación del ministro de Defensa ha sido delegada en el secretario de Estado de Defensa por Orden DEF/2424/2004, de 20 de julio,<sup>73</sup> que atribuye al mismo competencias sobre las «Desafectaciones de bienes demaniales afectados al Ministerio de Defensa y, en el caso de viviendas que no tengan la calificación de viviendas militares, declaración de innecesariedad y desafectación para los fines y destinos que tienen asignados». Desafectado el bien inmueble de que se trate y declarada su alienabilidad, este es puesto a disposición del INVIED a efectos de su enajenación por medio del procedimiento previsto en sus Estatutos.

Por último, debe tenerse en cuenta que la simple circunstancia fáctica de que una determinada instalación o construcción esté geográficamente situada dentro de un inmueble de las fuerzas armadas, no lo transforma en un bien que en rigor estricto esté destinado a satisfacer las necesidades de la defensa nacional. Piénsese, por ejemplo, en los cajeros del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria que se encuentran frecuentemente en acuartelamientos militares. En estos supuestos, su ubicación en un bien inmueble del ramo de la defensa no convierte tales instalaciones, comercios o construcciones en bienes militares, no solo porque no exista siquiera afectación indirecta a la defensa, sino porque generalmente su ubicación es completamente circunstancial, consecuencia de los contratos de servicios o concesión de servicios suscritos por el órgano de defensa competente en ese momento.

#### 4.5. Uso del patrimonio inmobiliario de Defensa

La playa, las calles, las plazas o las carreteras son bienes demaniales que están destinados al uso público general y común. Ahora bien, la titularidad pública de un bien no siempre está vinculada a su uso público por

---

<sup>72</sup> El artículo 71 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, regulaba la adaptación del Organismo autónomo Gerencia de Infraestructura de la Defensa a la ya derogada Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la administración General del Estado. En sus once apartados contempla las funciones de ese Organismo autónomo, que pasó a denominarse Gerencia de Infraestructura y equipamiento de la Defensa y que en la actualidad se integra en el ya citado Instituto de Vivienda, Infraestructura y Equipamiento de la Defensa (INVIED O. A.).

<sup>73</sup> Modificada por Orden DEF/2171/2011, de 27 de julio.

cualquier persona. Un rasgo que caracteriza a los inmuebles militares es que su uso está reservado en exclusiva y de forma permanente a la propia Administración del Estado. Dicho en otros términos, los inmuebles militares no son bienes de uso público general y libre por cualquier ciudadano, de modo que no cualquier persona puede pasear por un acuartelamiento militar de igual forma que lo haría por un parque público. Este hecho, aunque de gran relevancia en el ámbito militar, no es exclusivo del mismo, ya que existen multitud de bienes de titularidad pública cuyo uso general y gratuito está limitado o incluso prohibido. Por ejemplo, como regla general, el Estado cuenta con reservas en el uso de los recursos naturales.

La reserva permanente y exclusiva del Estado sobre el demanio militar tiene como efecto que las relaciones entre los ciudadanos y tales inmuebles sean mínimas, impidiendo casi cualquier aprovechamiento particular.<sup>74</sup> Ahora bien, a diferencia de lo que sucede con los recursos naturales, donde la reserva exclusiva del Estado sobre los mismos viene determinada legalmente,<sup>75</sup> en el caso del demanio militar y salvo error u omisión por mi parte, no existe norma alguna que la determine, debiendo entender que la reserva demanial del Estado sobre las áreas y terrenos en los que se ubican los inmuebles de defensa, aunque no sea declarada por ley, se deriva, con carácter general, de su misma naturaleza.<sup>76</sup> La única norma jurídica que parece amparar esta reserva demanial, aunque lo haga de forma implícita, es el mismo Código Civil, cuyo artículo 339.2.º dispone como las «obras de defensa del territorio [...] pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común [...]», a lo que cabe añadir el tratamiento por separado que se realiza en el artículo 341 de los bienes destinados al uso general y los destinados a las necesidades de defensa del territorio. En definitiva, aunque no exista norma expresa que contemple esta exclusión del uso general<sup>77</sup>, parece innegable que la misma

---

<sup>74</sup> González García, J. V. y Agoués Mendizábal, C. (2015). *Derecho de los bienes públicos*. 3ª ed., Tirant lo Blanch.

<sup>75</sup> Podrían citarse los artículos 7 y siguientes de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas; los artículos 42 y 43.1 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas; los artículos 47 y 48 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas; el artículo 15 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, o el artículo 56.2 de la 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes.

<sup>76</sup> Al respecto, podría mencionarse la STC 149/1991, de 4 de julio (F.J. 4), de la que se extrae que la reserva de una zona de dominio público sustrae de manera total o parcial los terrenos afectados del uso común general.

<sup>77</sup> Téngase en consideración que esta reserva demanial no se deriva de lo previsto en el artículo 104 de la LPAAPP, pues este se refiere a reservas demaniales acordadas como un

resulta imprescindible para el cumplimiento del interés público de la defensa nacional<sup>78</sup>.

En cualquier caso, aun cuando el reconocimiento de la reserva demanial analizada parezca evidente, la carencia de regulación expresa podría generar controversias, especialmente por la existencia de algunos supuestos en los que el uso y disfrute de los bienes inmuebles de la defensa está más abierto a la ciudadanía. Así sucede con los centros deportivos y socioculturales militares, que según las normas específicas que les resulten de aplicación pueden admitir como usuarios a civiles familiares de militares.<sup>79</sup> En estos casos, el hecho de que no exista una norma explícita que reserve su uso al Estado por razón de las necesidades de la defensa nacional puede generar desconcierto o malestar, pues en definitiva, el hecho de que estos sean inmuebles del ramo de la defensa, no quita que también sean bienes públicos, bienes sobre los que, en principio, cualquier persona podría pensarse con derecho de uso o de acceso.<sup>80</sup>

#### 4.6. CONCESIONES Y AUTORIZACIONES

A pesar de la reserva exclusiva y permanente que sobre el conjunto del demanio castrense recae en el Estado, el uso y aprovechamiento especial o privativo de dicho dominio puede verse legitimado mediante el otorgamiento de autorizaciones o concesiones demaniales.

El régimen jurídico de los títulos habilitantes del uso-aprovechamiento especial o privativo de los inmuebles demaniales del ramo de la defensa (autorizaciones y concesiones), es el previsto con carácter general por la

---

mecanismo extraordinario de carácter temporal, no siendo el caso de aquellas que recaen sobre los inmuebles del Estado destinados a la defensa nacional.

<sup>78</sup> Es curioso que, a pesar de la ausencia de una disposición legal que regule la reserva de las zonas militares en favor del Estado, la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, se refiera a la reserva de cualquier extensión en el territorio nacional, mar territorial y plataforma continental en las que el aprovechamiento de uno o varios yacimientos minerales y demás recursos geológicos pueda tener especial interés para la defensa nacional.

<sup>79</sup> En este sentido, el apartado octavo de la Orden DEF/792/2003, de 25 de marzo, por la que se establece el régimen jurídico y de funcionamiento de los Centros Deportivos y Socioculturales Militares.

<sup>80</sup> Algunos periódicos se han hecho eco de este malestar. En este sentido, podría citarse el Diario Público, que en el artículo *«El milagro del golf militar: cuatro campos, tres millones de gasto y coste cero pese a cuidarlos con soldados»*, de 5 de julio de 2020. Disponible en: <https://www.publico.es/politica/ejercitos-milagro-golf-militar-cuatro-campos-tres-millones-gasto-coste-cero-pese-cuidarlos-soldados.html>, expresa *«No se trata, en cualquier caso, de clubes y campos de golf a los que pueda acceder cualquier ciudadano pese a ser de titularidad pública»*.

LPAAPP para todos los bienes del patrimonio del Estado, sin que existan mayores diferencias que las correspondientes a la idiosincrasia de la composición y funcionamiento de los órganos y unidades administrativas competentes para la comprobación de las condiciones de otorgamiento y la tramitación de los expedientes. En el caso de Defensa, tales títulos habilitantes son tramitados en el seno de la Dirección General de Infraestructura de la Secretaría de Estado de Defensa, siendo otorgados, por delegación del ministro, por el director General de Infraestructura.<sup>81</sup> Por lo demás, el otorgamiento de autorizaciones y concesiones demaniales sobre inmuebles del Ministerio de Defensa estará sujeto a lo previsto en la Sección 4.<sup>a</sup> del Capítulo I del Título IV de la LPAAPP, «Autorizaciones y concesiones demaniales», artículos 91 a 104. Este mismo régimen resulta aplicable para el otorgamiento de títulos habilitantes con respecto de los inmuebles que estén adscritos o que sean de titularidad de los organismos públicos dependientes de Defensa, si bien para este supuesto serían los presidentes o directores de tales organismos a quién corresponde el otorgamiento.

Para concluir, precisar que el uso especial al que nos estamos refiriendo no es tan infrecuente en el ámbito del dominio público militar. Así, se encuentran ejemplos de concesiones demaniales a favor de NAVANTIA S. A., S. M. E., el Servicio Gallego de Salud o la Universidad Complutense de Madrid. Según datos del Ministerio, a fecha 19 de septiembre de 2022 se han concedido 454 autorizaciones demaniales en el periodo comprendido entre 2018 y 2022; y en el mismo periodo se han acordado también por el DIGENIN 78 concesiones demaniales, en virtud de las competencias delegadas previstas en la Orden DEF/3015/2004, de 17 de septiembre.

## 5. GESTIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES INMUEBLES DEL RAMO DE LA DEFENSA

Si algo caracteriza el régimen jurídico propio del patrimonio inmobiliario del ramo de la defensa es, sin duda, su régimen de gestión, caracterizado por una concreta finalidad, como es la de posibilitar, con el producto que se obtiene de la enajenación de los inmuebles que han dejado de ser útiles para la defensa nacional, la financiación de las altas misiones encomendadas por la Constitución a las Fuerzas Armadas.<sup>82</sup>

<sup>81</sup> Orden DEF/3015/2004, de 17 de septiembre, sobre delegación de competencias en autoridades del Ministerio de Defensa en materia de convenios de colaboración.

<sup>82</sup> Fernández-Piñeyro y Hernández, E. (1995). *Régimen jurídico de los bienes inmuebles militares. (Estudio jurídico-administrativo de los inmuebles gestionados por el Mi-*

Efectivamente, en materia de gestión y administración de los inmuebles del ramo de la defensa podría hablarse de un régimen especial, así reconocido por la disposición adicional séptima de la LPAAPP, que dispone, tras la modificación operada por la disposición final 10.1 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, lo siguiente: «la vigencia del régimen especial de gestión de bienes inmuebles afectados al Ministerio de Defensa establecido en las normas reguladoras del organismo se extinguirá transcurridos quince años desde el 1 de enero de 2018» y desarrollado por el Estatuto del INVIED, aprobado mediante el Real Decreto 1080/2017, de 29 de diciembre.

Este régimen ya previsto en la anterior Ley de Bases del Patrimonio del Estado, estaba desde un inicio llamado a extinguirse, estableciéndose para ello, como todavía se mantiene, un plazo de vigencia determinado<sup>83</sup>. Al respecto, señalaba el Consejo de Estado en su Memoria del año 2002 que:

«[...] lo cierto es que lo mantenido como excepción, [...], se convirtió, a raíz de las nuevas dinámicas, a veces compulsivas, de los gastos públicos, en un ejemplo al que se recurrió con timidez, primero y con desenvoltura, después, de un modo de asignar conjuntos patrimoniales públicos —separados del Estado— con el fin de facilitar la consecución de objetivos sectoriales y la financiación necesaria para alcanzarlos».

No podemos estar más de acuerdo con esta conclusión, cuya validez, a pesar del tiempo transcurrido, no puede discutirse, pues como se ha visto, la última prórroga del plazo de vigencia del régimen especial de gestión de bienes inmuebles de defensa se llevó a cabo, para otros 15 años más, en 2017.

En efecto, frente al esquema general que siempre ha presidido la gestión del Patrimonio del Estado, según la cual los bienes se afectan o adscriben a un Departamento u Organismo Público, retornando a la masa común del Patrimonio cuando aquellos bienes no son ya necesarios para el cumplimiento de los fines o funciones que justificaron la afectación o adscripción (artículos 78 y 79 de la LPAAPP), el diseño en el que se basa el régimen

---

*nisterio de Defensa: su adquisición y enajenación. Sus efectos en la propiedad privada colindante y su relación con las leyes sectoriales sobre urbanismo, medioambiente, costas y puertos*). Madrid, Libro monográfico coeditado por Marcial Pons y el Ministerio de Defensa, p. 156.

<sup>83</sup> Así lo disponían las disposiciones de excepción del ya derogado texto articulado de la Ley de Bases del Patrimonio del Estado, aprobado mediante Decreto 1022/1964, de 15 de abril, para la denominada Junta Central de Acuartelamiento, de la que es heredera el actual INVIED.

especial de los bienes afectados al Ministerio de Defensa y Fuerzas Armadas es puramente empresarial<sup>84</sup>. Como acertadamente explica Santamaría Pastor (2004), al INVIED se adscriben bienes inmuebles (demaniales o patrimoniales, según los casos), con cuya explotación o enajenación se generan recursos económicos con los que construir viviendas militares o nuevas instalaciones a utilizar por las Fuerzas Armadas, asemejándose tal actuación a la de un promotor inmobiliario que opera mediante el reconocimiento de activos y su enajenación para crear, con los rendimientos obtenidos, nuevos activos<sup>85</sup>. Así las cosas, aunque la realidad es que el Principio de unidad de Patrimonio del Estado consagrado por la LPAAPP nos impida hablar de un patrimonio separado, lo cierto es que los bienes que son puestos a disposición del INVIED por el Ministerio de Defensa funcionan de un modo muy similar al mismo. En concreto, esta modalidad de gestión plantea dos objetivos: el primer objetivo consiste en permitir el acceso directo de los bienes, previamente desafectados de la defensa nacional por el secretario de Estado, al mercado inmobiliario; el segundo objetivo, circunscrito a la técnica presupuestaria, es el de eludir el principio de caja única del Estado respecto de los recursos obtenidos mediante dicho acceso, de manera que se asegura el destino de los activos que proporciona ese patrimonio inmobiliario a la financiación de la nueva política militar en materia de infraestructura<sup>86</sup>.

Sentado lo anterior, en la determinación de los órganos a los que compete la gestión y administración del Patrimonio del Estado y dentro del mismo, del inmobiliario de Defensa, resultan fundamentales, además de la LPAAPP, las siguientes normas: la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, el Real Decreto 372/2020, de 18 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa y el Estatuto del INVIED. A la vista de las mismas, la gestión y administración compete:

---

<sup>84</sup> Chinchilla Marín, C. (2004). *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*. Thomson-Civitas.

<sup>85</sup> Santamaría Pastor, J. A. (2004). Objeto y ámbito. La tipología de los bienes públicos y el sistema de competencias. En: Chinchilla Marín, C. *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*. Thomson-Civitas, pp. 61-62.

<sup>86</sup> Fernández-Piñeyro y Hernández, E. (1995). *Régimen jurídico de los bienes inmuebles militares. (Estudio jurídico-administrativo de los inmuebles gestionados por el Ministerio de Defensa: su adquisición y enajenación. Sus efectos en la propiedad privada colindante y su relación con las leyes sectoriales sobre urbanismo, medioambiente, costas y puertos)*. Madrid, Libro monográfico coeditado por Marcial Pons y el Ministerio de Defensa, p. 156.

- a) Al Ministerio de Hacienda, a través de la Dirección General del Patrimonio del Estado.
- b) Al Ministerio de Defensa, a través de las correspondientes unidades del departamento ministerial, en coordinación con la Dirección General del Patrimonio del Estado, para el ejercicio de las competencias en relación con el dominio y el patrimonio de la defensa nacional.

En el Ministerio de Defensa debe destacarse la Secretaría de Estado de Defensa, que tiene atribuidas, en lo que se refiere al patrimonio inmobiliario de defensa, funciones de dirección, impulso y gestión de la política de infraestructura (funciones de dimensión nacional), así como de dirección de la política de infraestructura en su relación con organismos internacionales y extranjeros, en coordinación con el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (función de dimensión internacional)<sup>87</sup>.

De la Secretaría de Estado de defensa depende la Dirección General de Infraestructura (DIGENIN), que pasamos a tratar a continuación.

## 5.1. DIGENIN

La Dirección General de Infraestructura desempeña funciones básicas relativas a la preparación, planeamiento y desarrollo de las políticas de infraestructura y medioambiental del Departamento, así como la supervisión y dirección de su ejecución. En este sentido, el artículo 7.1 del Real Decreto 372/2020, de 18 de febrero. Este precepto también establece que dependen funcionalmente de DIGENIN los órganos competentes en estas materias de los tres Ejércitos (las Direcciones de Infraestructura de los Mandos o Jefatura de Apoyo Logístico de los Ejércitos), así como los órganos competentes sobre estas materias de los organismos autónomos del Departamento<sup>88</sup>. Respecto a esta última cuestión, es preciso significar que la dependencia funcional no afecta al organismo autónomo sino solo a alguno o algunos de sus órganos.

El apartado segundo del artículo 7 del meditado real Decreto 372/2020, de 18 de febrero, recoge una extensa enumeración de funciones de la DI-

---

<sup>87</sup> En este sentido, el artículo 4 del Real Decreto 372/2020, de 18 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa.

<sup>88</sup> La dependencia funcional de los órganos competentes en materia de política de infraestructura en los Ejércitos, queda actualmente sujeta a lo previsto en el artículo 20.6 del Real Decreto 521/2020, de 19 de mayo, por el que se establece la organización básica de las Fuerzas Armadas.

GENIN, entre las cuales cabría destacar, por su relación con la gestión y administración con el patrimonio inmobiliario de defensa, las siguientes:

«[...] b) Proponer, definir e implementar las políticas de infraestructura mediante planes y programas, efectuando el seguimiento de su ejecución. [...]

h) Dirigir la gestión de los bienes y derechos inmobiliarios afectos al Ministerio de Defensa y llevar su inventario, gestionando sus adquisiciones, expropiaciones y arrendamientos.

i) Ejercer las competencias en relación con las servidumbres aeronáuticas y con las zonas de interés para la defensa nacional, de seguridad de las instalaciones y de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros. [...]».

Finalmente, se establece que de la Dirección General de Infraestructura dependen los siguientes órganos directivos: la Subdirección General de Planificación y Medio Ambiente, la Subdirección General de Patrimonio y la Subdirección General de Proyectos y Obras. Entre estas debe destacarse la Subdirección General de Patrimonio, pues es en última instancia a quien corresponde el desarrollo de las funciones señaladas en los expuestos párrafos h) e i) del apartado 2 del artículo 7 del Real Decreto 372/2020, entre las que se encuentra, como se ha visto, la gestión del patrimonio inmobiliario afecto al Ministerio de Defensa.

## 5.2. ESPECIAL MENCIÓN AL INVIED

La política de gestión y enajenación de los inmuebles *militares* que dejan de estar afectados a la defensa nacional se unifica a partir del año 2010 con la creación del Instituto de Vivienda, Infraestructura y Equipamiento de la Defensa (en adelante INVIED), adscrito, de acuerdo al Real Decreto 372/2020, de 18 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa, a la Secretaría de Estado de Defensa. Este organismo autónomo es el resultado de la refundición que la disposición adicional quincuagésima primera de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2010, contemplaba para los organismos autónomos Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas (INVIFAS) y Gerencia de Infraestructura y Equipamiento de la Defensa (GIED).

Pues bien, este camino hacia una mayor eficiencia y productividad en la gestión de los recursos del Estado llevó a que en el año 2015 también se integrara en el INVIED el organismo autónomo Servicio Militar de Construcciones (SMC)<sup>89</sup>. De esta manera, a día de hoy el INVIED es el organismo autónomo de la Administración General del Estado que gestiona un mayor número de bienes inmuebles.

El INVIED, con personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios, autonomía de gestión y plena capacidad de obrar, dentro de su esfera de competencia y para el ejercicio de las potestades administrativas precisas para el cumplimiento de los fines, actúa, de acuerdo al preámbulo del Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto del INVIED, en el desarrollo de actividades inmobiliarias y urbanísticas, con el objetivo de

«garantizar la financiación precisa para su propio funcionamiento, la construcción o la adquisición de infraestructura y equipamiento para su uso por las Fuerzas Armadas, el cumplimiento de los fines de atención a la movilidad geográfica de sus miembros, la profesionalización y modernización de la Defensa y del personal al servicio de la misma y la contribución al desarrollo de programas específicos de investigación, desarrollo e innovación en este mismo ámbito».

La normativa reguladora del INVIED destaca por establecer un régimen especial de gestión dentro del régimen jurídico propio de los bienes inmuebles del ramo de la defensa, en el sentido de que una vez estos son desafectados de la defensa nacional por el secretario de Estado de Defensa (por delegación del ministro de Defensa), son puestos a disposición del INVIED para su enajenación. La regla general es que la enajenación de los bienes puestos a disposición de este organismo será acordada por resolución de su director general con los requisitos y procedimientos que establezca el Estatuto del Organismo, aplicándose supletoriamente la LPAAPP y sus normas de desarrollo.

Como ya se estudió previamente, esta modalidad de gestión plantea dos objetivos fundamentales<sup>90</sup>:

---

<sup>89</sup> La integración se llevó a cabo en virtud de lo previsto en el artículo 1 de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa.

<sup>90</sup> Fernández-Piñeyro y Hernández, E. (1995). *Régimen jurídico de los bienes inmuebles militares. (Estudio jurídico-administrativo de los inmuebles gestionados por el Ministerio de Defensa: su adquisición y enajenación. Sus efectos en la propiedad privada colindante y su relación con las leyes sectoriales sobre urbanismo, medioambiente, costas y puertos)*. Madrid, Libro monográfico coeditado por Marcial Pons y el Ministerio de Defensa, p. 156.

- El primer objetivo se concreta en permitir el acceso directo de los bienes, previamente desafectados de la defensa nacional por el secretario de Estado, al mercado inmobiliario. Este acceso directo de los inmuebles al mercado, sin la previa y preceptiva intervención del Estado por medio del Ministerio de Hacienda y la Dirección General del Patrimonio, supone una patente minoración de la fuerza atribuida al principio de unidad del Patrimonio del Estado por la LPAAPP. En efecto, el principio de unidad del Patrimonio del Estado, como afirma el Consejo de Estado, se ha visto paulatinamente erosionado con la multiplicación de normas reguladoras de distintos Organismos públicos en las que se refuerza la independencia de gestión de sus patrimonios propios o «separados» del Estado. Esto genera, continúa afirmando el Consejo de Estado, que en la práctica exista un auténtico fraccionamiento del patrimonio estatal, viéndose desvirtuadas las pretensiones de coordinación y, en cierta forma, de centralización de la Ley del Patrimonio del Estado<sup>91</sup>.
- El segundo objetivo, circunscrito al ámbito de la técnica presupuestaria, es el de eludir el principio de unidad de caja, o de caja única<sup>92</sup> del Estado respecto de los recursos obtenidos mediante dicho acceso, de manera que se asegura el destino de los activos que proporciona ese patrimonio inmobiliario a la financiación de la nueva política militar<sup>93</sup>.

## 6. PROTECCIÓN DE LOS INMUEBLES DE LA DEFENSA

Las especialidades en materia de protección son uno de los rasgos más característicos y relevantes del específico régimen jurídico de los bienes inmuebles del ramo de la defensa. En efecto, y como ya se ha precisado en diversas ocasiones a lo largo de este estudio, estas especialidades, junto

---

<sup>91</sup> Dictamen 805/2003, de 3 de abril de 2003, del Consejo de Estado, sobre el Anteproyecto de Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

<sup>92</sup> Principio consagrado en el artículo 91 b) de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, conforme al cual los ingresos y gastos de una entidad se centralizan en una tesorería única, que tiene a su cargo la gestión de todos sus recursos financieros.

<sup>93</sup> En concreto, a la financiación del mismo funcionamiento del organismo, de la construcción o la adquisición de infraestructura y equipamiento para su uso por las Fuerzas Armadas, del cumplimiento de los fines de atención a la movilidad geográfica de sus miembros, de la profesionalización y modernización de la Defensa y del personal al servicio de la misma y de la contribución al desarrollo de programas específicos de investigación, desarrollo e innovación en este mismo ámbito (Preámbulo del Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto del INVIED).

con las correspondientes a su gestión y administración, son las que permiten hablar de la existencia de un régimen jurídico propio del patrimonio inmobiliario de la defensa.

Para la protección del Patrimonio del Estado, la Administración es provista de importantes prerrogativas (deslindes, registros, recuperación posesoria de oficio) y sus bienes demaniales son dotados de importantes privilegios: inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad<sup>94</sup>.

Antes de tratar los factores concretos que refuerzan la protección de los inmuebles de la defensa, deben tenerse en cuenta las facultades y prerrogativas previstas con carácter general por la LPAAPP para la protección de los patrimonios públicos, pues estas resultan completamente aplicables a los bienes adscritos a la defensa nacional, por lo que respecto de las mismas y dado que no existe especialidad alguna, cabe remitirse a lo previsto en el Capítulo V del Título II «De las facultades y prerrogativas para la defensa de los patrimonios públicos», artículos 41 a 60 de la LPAAPP, así como a las obras generales que han servido de guía a esta obra<sup>95</sup>. Muy sucintamente podría afirmarse que en la protección de los inmuebles de la defensa resultan perfectamente admisibles las siguientes facultades y prerrogativas: la de investigación de la situación de los bienes; la de deslinde en vía administrativa; la de recuperación de oficio de la posesión indebidamente perdida; así como la del desahucio en vía administrativa a los poseedores de los inmuebles demaniales, una vez extinguido el título que amparaba la tenencia.

Además de lo anterior, en la protección de los inmuebles de las Administraciones públicas también destaca la obligatoriedad de inscripción registral que impone el artículo 36 de la LPAAPP, una obligatoriedad de inscripción que resulta íntegramente aplicable a los inmuebles de la defensa y que no presenta particularidades con respecto del régimen común o general previsto por la LPAAPP (artículos 36 a 40). Efectivamente, con la obligatoriedad de inscripción, que a su vez encuentra su razón de ser en la obligación de todas las Administraciones Públicas de defender y proteger su patrimonio, obligación impuesta por el artículo 28 de la Ley, se da un paso más en lo relativo a la protección del Patrimonio del Estado, ya que

---

<sup>94</sup> No ha de pasarse por alto que, de acuerdo al artículo 28 de la LPAAPP, las Administraciones públicas están obligadas a proteger y defender su patrimonio. Se precisa que «*A tal fin, protegerán adecuadamente los bienes y derechos que lo integran, procurarán su inscripción registral y ejercerán las potestades administrativas y acciones judiciales que sean procedentes para ello*».

<sup>95</sup> Chinchilla Marín, C. (2004). *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*. Thomson-Civitas.

Martín Rebollo, L. (2021). *Leyes Administrativas*. 27.<sup>a</sup> ed., Thomson Reuters Aranzadi.

exige a las Administraciones Públicas inscribir en los correspondientes registros todos los bienes y derechos de su patrimonio (ya sean demaniales o patrimoniales) que sean susceptibles de inscripción, así como todos los actos y contratos referidos a ellos que puedan tener acceso a dichos registros.

En lo relativo a la inscripción del demanio militar téngase en cuenta que, hasta la reforma operada en Reglamento Hipotecario, aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947, por lo dispuesto en el artículo primero del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Hipotecario, el artículo 5 del mismo exceptuaba de la inscripción registral «Los bienes de dominio público a que se refiere el artículo trescientos treinta y nueve del Código Civil ya sean de uso general o pertenezcan privativamente al Estado, *mientras estén destinados a algún servicio público, al fomento de la riqueza nacional o a las necesidades de la defensa del territorio*». Efectivamente, en aquel momento los bienes inmuebles afectos a la defensa nacional eran sencillamente incluidos en el Inventario General que regulaba, por aquel entonces, la Ley de Patrimonio del Estado de 1962, no siendo, por tanto, hasta la reforma de este precepto y posterior aprobación de la LPAAPP que se permitió la inscripción del demanio militar en el registro de la propiedad<sup>96</sup>.

Efectivamente, el patrimonio de la defensa goza de la misma protección jurídica que tienen los demás bienes pertenecientes al Patrimonio del Estado, pero a ella se le añade otra que le es propia y específica, puesto que, como afirma Fernández-Piñeyro (1995), «aquí no es suficiente una protección como la hasta ahora descrita, sino que es necesario garantizar la seguridad y la plena operatividad tanto de los propios bienes demaniales militares como la seguridad de las personas y los bienes públicos o privados colindantes con aquellos»<sup>97</sup>. Así, para el caso del patrimonio inmobiliario del ramo de la defensa nacional, la protección antes expuesta se ve reforzada por tres factores fundamentales:

- La protección penal que despliega el Código Penal Común y el Código Penal Militar, por medio de la tipificación de ciertos delitos que afectan directa o indirectamente al patrimonio de la defensa.

---

<sup>96</sup> Rodríguez-Villasante y Prieto, J. L. (1987). El derecho urbanístico militar, gestión y protección de los recursos inmobiliarios de la defensa nacional. *Revista española de Derecho militar*, 44-50, pp. 11-57.

<sup>97</sup> Fernández-Piñeyro y Hernández, E. (1995). *Régimen jurídico de los bienes inmuebles militares. (Estudio jurídico-administrativo de los inmuebles gestionados por el Ministerio de Defensa: su adquisición y enajenación. Sus efectos en la propiedad privada colindante y su relación con las leyes sectoriales sobre urbanismo, medioambiente, costas y puertos)*. Madrid, Libro monográfico coeditado por Marcial Pons y el Ministerio de Defensa, p. 53.

- La protección que añade el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas.
- La protección que proporciona la normativa vigente sobre zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional.

## 6.1. PROTECCIÓN PENAL<sup>98</sup>

Al estudiar la protección penal de los bienes inmuebles de la defensa debe comenzarse por aquella que ejerce, con carácter general para todos los bienes de dominio público, el Código Penal Común, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (en adelante, CP).

Debe partirse del hecho de que las normas que tipifican delitos en defensa de la propiedad privada, donde ha de destacarse el Título XIII del Libro II del Código Penal, «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico» —que castiga delitos como el de daños o el de usurpación de bienes inmuebles—, son íntegramente aplicables a los bienes de propiedad pública, sin perjuicio de que tales normas además contemplen tipos agravados para aquellos supuestos en los que la propiedad afectada sea de dominio público o de uso público o comunal, tal y como sucede con el tipo agravado del delito de daños que contempla el artículo 263.2.4.<sup>a</sup> CP.

Ahora bien, de este régimen genérico destaca un tipo delictivo específico para los bienes afectados a las Fuerzas Armadas o a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y es que el artículo 265 del CP castiga expresamente los daños que se infrinjan sobre los mismos, confirmando la existencia del citado régimen de protección reforzado previsto para los bienes, medios y recursos afectos a la seguridad y a la defensa nacional. En efecto, este precepto se configura como una figura agravada cuya existencia se justifica en la incidencia que tales daños tienen en bienes jurídicos distintos de la propiedad o el patrimonio, ya que además de verse afectados estos, este tipo delictivo también supone un atentado contra la defensa nacional. En concreto, el artículo 265 CP castiga con penas de prisión de dos a cuatro años y siempre que la cuantía de los daños excediere de mil euros, al que:

«destruyere, dañare de modo grave, o inutilizare para el servicio, aun de forma temporal, obras, establecimientos o instalaciones mili-

---

<sup>98</sup> De León Villalba, F. J.; Juanes Peces, Á.; Rodríguez-Villasante y Prieto, J. L. y López Lorca, B. (2017). *El Código Penal Militar de 2015. Reflexiones y comentarios*. Tirant Lo Blanch.

tares, buques de guerra, aeronaves militares, medios de transporte o transmisión militar, material de guerra, aprovisionamiento u otros medios o recursos afectados al servicio de las Fuerzas Armadas o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad».

Por otro lado, la protección que despliega el CP sobre los bienes inmuebles de dominio público, se plasma en la tipificación de los delitos sobre la ordenación del territorio público, y el urbanismo, ubicados sistemáticamente en el Capítulo I del Título XVI del Libro II del CP (artículos 319 y 320). Dentro de este mismo título también destacan los delitos sobre el patrimonio histórico, recogidos bajo esta misma rúbrica en su Capítulo II (artículos 321 a 324). Al respecto, debe tenerse en consideración que los inmuebles de la defensa pueden integrar, como de hecho sucede en algunas ocasiones, parte del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España. Así ocurre con determinados inmuebles del Ministerio de Defensa que han sido catalogados como bienes de interés cultural, como la Torre del Oro en Sevilla, el Fuerte de San Cristóbal en Pamplona o la Ciudadela de Jaca. En estos supuestos, la protección ya cualificada de la que gozan los inmuebles adscritos a la defensa nacional se ve aún más reforzada al resultarles de aplicación el régimen de defensa al que se refiere la misma Constitución española en su artículo 46 y que desarrollan normas como la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

Ahora bien, el aspecto verdaderamente relevante del régimen de protección penal de los bienes inmuebles del ramo de la defensa, lo hallamos en una Ley penal especial, como es el Código Penal Militar, aprobado por la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre (en adelante, CPM), toda vez que el mismo castiga delitos cuyo bien jurídico protegido alcanza, directa o indirectamente, el patrimonio inmobiliario militar. En este sentido, podrían citarse los siguientes:

- El artículo 73 del CPM, que castiga los daños previstos en los artículos 262 a 266 del Código Penal Ordinario, cuando sean ocasionados por imprudencia grave, como un delito contra la eficacia en el servicio, exigiéndose que el sujeto activo del mismo ostente la condición de militar y que los hechos tengan lugar en situación de conflicto armado o en estado de sitio. En esta figura delictiva, aunque como bien jurídico estrictamente castrense lo que se proteja directamente sea la eficacia del servicio, de forma mediata o indirecta también se ven protegidos los recursos inmobiliarios de la defensa, ya que, en puridad, lo que se sanciona es el hecho de que la inobservancia de las normas de cuidado o diligencia exigibles

en el desempeño del servicio ocasione daños a bienes afectos a las Fuerzas Armadas o la Guardia civil.

- El artículo 75 del CPM sanciona al militar que ejecutare o no impidiere en lugar o establecimiento afecto a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil actos que puedan producir incendio o estragos, u originare un grave riesgo para la seguridad de la fuerza, unidad o establecimiento. De nuevo, aunque lo que se proteja directamente sea la eficacia del servicio, de forma indirecta se provee al patrimonio inmobiliario adscrito a la defensa nacional de cierta protección penal, toda vez que con la tipificación de este delito de peligro se pueden evitar daños sobre lugares o establecimientos afectos a las Fuerzas Armadas y Guardia Civil.
- Finalmente, destaca el Título V del Libro Segundo (artículos 81 a 85), bajo la rúbrica «Delitos contra el patrimonio en el ámbito militar», cuyos preceptos, aunque en principio orientados a la tutela de los recursos económicos y bienes mobiliarios de la defensa, también podrían desplegar cierta protección indirecta sobre el patrimonio inmobiliario.

## 6.2. PROTECCIÓN EN VÍA DISCIPLINARIA<sup>99</sup>

La protección reforzada de los bienes inmuebles adscritos a la defensa nacional también yace en las normas reguladoras del régimen disciplinario militar. Al igual que el régimen disciplinario previsto con carácter general para los funcionarios públicos prevé algunas faltas dirigidas a la protección de los bienes pertenecientes al patrimonio público<sup>100</sup>, el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas tipifica ciertas faltas orientadas, directa o indirectamente, a la protección del patrimonio adscrito a la defensa nacional. Ha de tenerse en consideración que la disciplina se configura, junto con la jerarquía y la unidad, como uno de los pilares en los que descansa la organización de las Fuerzas Armadas<sup>101</sup>. En este

---

<sup>99</sup> Romero Lucas, I. M. (2016). *Manual de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas*. Ministerio de Defensa, Tribunal Militar Central, p. 11.

<sup>100</sup> Podría citarse el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, cuyo artículo 7, apartado f), sanciona como falta grave el «Causar daños graves en los locales [...] de los servicios».

<sup>101</sup> La exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, dispone: «La organización de las Fuerzas Armadas, integradas en el Ministerio de Defensa, responde a los principios de jerarquía, disciplina, unidad y eficacia».

sentido, el régimen disciplinario militar, reverso de los más esenciales códigos conductuales de las Fuerzas Armadas<sup>102</sup> e instrumento legal a través del cual se garantiza su observancia, contempla sanciones más gravosas para aquellos servidores públicos sometidos al estricto régimen castrense que las previstas genéricamente para los restantes empleados públicos. Un claro ejemplo de lo anteriormente señalado lo encontramos en la subsistencia de la sanción de arresto, que supone la genuina privación de libertad del sancionado mediante su ingreso en un establecimiento disciplinario militar<sup>103</sup>.

Sobre las específicas faltas disciplinarias que, para la protección directa o indirecta de los inmuebles de la defensa, prevé la vigente Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (en adelante, LORDFAS), debemos destacar las siguientes:

- El artículo 6.32 de la LORDFAS contempla como falta leve «Los daños leves en las cosas y la sustracción de escasa cuantía realizados en instalaciones militares, buques, aeronaves o campamentos, o durante ejercicios u operaciones o en acto de servicio», admitiendo la doctrina que el subtipo consistente en ocasionar «daños leves en las cosas» incluye todo tipo de bienes, muebles o inmuebles<sup>104</sup>.
- El artículo 7.37 de la LORDFAS tipifica como falta grave «Emplear para usos particulares medios o recursos de carácter oficial o facilitarlos a un tercero», pudiendo admitirse que dentro de tales recursos se encuentran incluidos los inmobiliarios propios de la defensa nacional.

### 6.3. LAS ZONAS E INSTALACIONES DE INTERÉS PARA LA DEFENSA NACIONAL

La normativa vigente sobre zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional, es otro de los factores que refuerzan el régimen de protección de los inmuebles del ramo de la defensa, toda vez que, como veremos,

---

<sup>102</sup> Entre los que destacan las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero.

<sup>103</sup> La existencia de esta sanción se justifica en nuestro ordenamiento en el artículo 25.3 de la Constitución española, con una formulación de carácter negativo —la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad—, resultando respetuosa con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1977, ratificado el 4 de octubre de 1979, por virtud de la reserva que España hizo a los artículos 5 y 6.

<sup>104</sup> Romero Lucas, I. M. (2016). *Manual de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas*. Ministerio de Defensa, Tribunal Militar Central, pp. 133-134.

la misma impone relevantes limitaciones a la propiedad privada colindante a tales inmuebles. El fundamento de las limitaciones que regula la Ley de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional encuentra su precedente legal más directo en el artículo 589 del Código Civil<sup>105</sup>, que dispone: «No se podrá edificar ni hacer plantaciones cerca de las plazas fuertes o fortalezas sin sujetarse a las condiciones exigidas por las leyes, ordenanzas y reglamentos particulares de la materia». Estas condiciones se hallan, en esencia, en la vigente Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional, aplicable no solo a «plazas fuertes y fortalezas», como cita el Código Civil, sino con carácter general y debido al creciente desarrollo militar, a todos los inmuebles afectados al interés público de la defensa nacional. Para Manresa<sup>106</sup>, un dato importante a destacar es que una ley tan esencialmente liberal como el Código Civil no dude en admitir «condiciones» sobre la propiedad privada con el objetivo de garantizar la recta satisfacción de los intereses de la defensa nacional. Condiciones que, además, pueden establecerse no solo mediante leyes, sino también mediante «ordenanzas y reglamentos particulares de la materia».

La Ley de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional está sujeta a dos objetivos esenciales y directos. Por un lado, la tutela de un interés jurídico que nuestro ordenamiento considera prevalente, como es la defensa nacional y, por otro, la garantía de la seguridad de las personas y de las construcciones o plantaciones que pueden verse afectadas por su proximidad a instalaciones militares o instalaciones civiles declaradas de interés militar<sup>107</sup>. Sumado a ello, podría afirmarse que la legislación de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional despliega cierta protección, aun cuando sea indirecta, sobre los inmuebles del ramo de la defensa, pues las limitaciones que contempla dicha normativa sin duda protegen a los mismos de ataques, atentados, degradaciones, usurpaciones, ocupaciones privadas u otras actividades ilegítimas.

---

<sup>105</sup> Fernández-Piñeyro y Hernández, E. (1995). *Régimen jurídico de los bienes inmuebles militares. (Estudio jurídico-administrativo de los inmuebles gestionados por el Ministerio de Defensa: su adquisición y enajenación. Sus efectos en la propiedad privada colindante y su relación con las leyes sectoriales sobre urbanismo, medioambiente, costas y puertos)*. Madrid, Libro monográfico coeditado por Marcial Pons y el Ministerio de Defensa, p. 202.

<sup>106</sup> Manresa y Navarro. (1972). *Comentarios al Código Civil español*, 7ª ed. Madrid. Edición Reus, S. A. Madrid. Tomo 4, artículo 589, p. 992.

<sup>107</sup> López Feira, A. (2017). Urbanismo y zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional. *Revista General de Derecho Administrativo*, 46.

Podría afirmarse que el primer y más relevante mecanismo por el cual la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional, desarrolla su protección mediata o refleja respecto del patrimonio inmobiliario de la defensa, lo constituyen las denominadas «zonas de seguridad». Estas, como precisa el artículo tercero de la Ley, son aquellas situadas alrededor de instalaciones militares, o de instalaciones civiles declaradas de interés militar y que quedan sometidas a las limitaciones que por dicha Ley se establecen en orden a asegurar la actuación eficaz de los medios disponibles por tales instalaciones, así como para dotarlas del aislamiento conveniente a efectos de garantizar su seguridad y, en su caso, la de las propiedades próximas. Las zonas de seguridad de instalaciones militares se regulan en el Capítulo II de la Ley de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional (artículos 7 a 15). En atención a las finalidades que establece su artículo 7, en estas zonas puede distinguirse entre la «zona próxima» y la «zona lejana». Aunque esta diferenciación en la práctica no resulte imprescindible<sup>108</sup>, podría precisarse que en la zona próxima de las instalaciones militares, con una anchura, como norma general, de 300 metros, no pueden realizarse, si no es con autorización del Ministerio de Defensa, «obras, trabajos, instalaciones y actividades de clase alguna». Este régimen pone de manifiesto la existencia de restricciones administrativas a la propiedad privada que inciden en la defensa del patrimonio inmobiliario militar, aun cuando sea, como indicábamos previamente, indirecta, mediata o refleja, pues el hecho de que no puedan realizarse ciertas obras o actividades sin autorización sin duda constituye una forma más de tutela de los inmuebles de titularidad pública que se encuentran adscritos a las necesidades de la defensa nacional.

Junto a las zonas de seguridad, la Ley 8/1975 regula las denominadas «zonas de interés para la defensa nacional» y las «zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros». En estos casos, la protección que se ejerce sobre los inmuebles adscritos a la defensa es más difusa que en el caso de las zonas de seguridad. Especialmente en el caso de las zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros, que se refieren a aquellas en las que, por Real Decreto del Consejo de Ministros, la extensión total de los bienes inmuebles pertenecientes en propiedad —o gravados con derechos reales— a personas físicas o jurídicas extranjeras,

---

<sup>108</sup> Así se desprende de la fórmula empleada por el propio artículo 7 de la Ley, que dispone: «se podrá establecer la distinción entre «Zona próxima y Zona lejana».

en una zona o superficie predeterminada reglamentariamente, no puede exceder del 15 %<sup>109</sup>.

En lo tocante a esta materia, ha de traerse a colación el régimen sancionador previsto por la Ley de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional, integrado en las disposiciones comunes de su Capítulo IV (del que abarca los artículos 29 a 31) y sobre el que se ha pronunciado recientemente la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en sentencia de 17 de febrero de 2022. Al respecto, se ha señalado que este régimen sancionador, al no establecer correspondencia con las conductas tipificadas como infracción, dejando a la discrecionalidad judicial o administrativa esa correspondencia, vulnera lo previsto en el artículo 25.1 de la Constitución<sup>110</sup>, es decir, resulta contrario a la garantía material del principio de legalidad en cuanto no permite predecir con suficiente grado de certeza el tipo y el grado de sanción determinado del que pueda hacerse merecedor quien cometa una infracción. Efectivamente, el régimen sancionador de la Ley de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional, al tipificar las conductas constitutivas de infracción en su artículo 29, no las clasifica en leves, graves y muy graves, como exige actualmente el principio de tipicidad recogido en el artículo 27 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del sector público y, por otro lado, el cuadro de sanciones que contempla el artículo 30, no establece un sistema de graduación de las sanciones en atención a la gravedad de las infracciones, sino que establece una horquilla máxima en función de la competencia del órgano sancionador, la cual puede ser libre y discrecionalmente recorrida por este al escoger la intensidad de la reprensión punitiva.

No obstante lo anterior, dejando de un lado el hecho de que la anterior doctrina impide a la Administración militar imponer sanciones pecuniarias

---

<sup>109</sup> En este sentido, el Capítulo III de la Ley de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional (artículos 16 a 27). El artículo 16 establece, a efectos del cómputo del porcentaje indicado, que «[...] no se incluirá [...] la superficie ocupada por los actuales núcleos urbanos de poblaciones no fronterizas o sus zonas urbanizadas o de ensanche actuales y las futuras, siempre que consten en planes aprobados conforme a lo establecido en la legislación urbanística [...]».

<sup>110</sup> Declaración que se supone, por imperativo de la Disposición Derogatoria de la Constitución, según la cual «quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución», su derogación, pues como expresó el Tribunal Constitucional en Sentencia de 2 de febrero de 1981 «la peculiaridad de las leyes preconstitucionales consiste en que la Constitución es una ley superior (criterio jerárquico) y posterior (criterio temporal). Y la coincidencia de este doble criterio da lugar, de una parte, a la inconstitucionalidad sobrevenida y consiguiente invalidez de las que se opongan a la Constitución, y de otra, a su pérdida de vigencia a partir de la misma para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación».

a aquellos que infrinjan las disposiciones prohibitivas o limitativas que se contengan en la Ley y sus normas de desarrollo, al menos mientras la misma no sea reformada en adecuación del principio de legalidad en su vertiente de *lex certa*, lo cierto es que la reglamentación de las zonas de interés para la defensa nacional, por un lado, y las zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros, por otro, continúa brindando protección a los inmuebles del ramo de la defensa. Como se afirmó con carácter previo, la pervivencia y el reconocimiento de estas limitaciones administrativas suponen dotar a los inmuebles de la defensa nacional de un plus de protección frente a toda clase de ataques, atentados, degradaciones, usurpaciones, ocupaciones privadas u otras actividades ilegítimas. Lo mismo sucede con las zonas de seguridad, en las que las limitaciones incluso alcanzan, como se ha visto, la exigibilidad de obtener autorizaciones para la realización de obras o construcciones en zonas próximas a inmuebles militares. Por todo ello y a pesar de que deba reconocerse que la protección mencionada se despliega de forma indirecta, la normativa sobre zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional se constituye como otro de los factores que, junto con ciertos tipos penales y disciplinarios, refuerza la protección del patrimonio inmobiliario del ramo de la defensa.

## 7. CONCLUSIONES

A continuación se exponen las conclusiones obtenidas del presente estudio ligadas con los apartados de los cuales se han extraído.

1. Los específicos cometidos asignados al Ministerio de Defensa, concretados en las altas funciones encomendadas por el artículo 8 de la Constitución española a las Fuerzas Armadas, han determinado la configuración de un conjunto de especialidades en la gestión, administración y protección del patrimonio inmobiliario del ramo de la defensa (apartado 2).
2. El examen histórico de las especialidades aplicables a los bienes inmuebles del ramo de la defensa, muestra un sistema de autofinanciación mediante el cual el producto de los bienes afectados al ramo de la Defensa debía invertirse en el propio ramo de la Defensa como si estos configurasen un subpatrimonio autónomo dentro del patrimonio general del Estado. Este sistema de autofinanciación, opuesto a los principios de unidad de caja y de unidad del Patrimonio del Estado, siempre ha revestido de una nota de provisionalidad. Incluso a día de hoy este régimen parece llamado a extinguirse, aunque la

última prórroga del mismo fue concedida, por vía de reforma de la LPAAPP, en 2017.

3. Los bienes inmuebles del ramo de la defensa comprenden, además de los bienes inmuebles militares, es decir, de aquellos vinculados directa o indirectamente a la defensa nacional, todos los bienes inmuebles de titularidad del Ministerio de Defensa y de sus organismos dependientes con carácter general. Ello permite que, al tratar el patrimonio inmobiliario del ramo de la defensa, pueda hablarse de cierta dispersión en cuanto a su titularidad. En efecto, determinados bienes inmuebles del ramo de la defensa se encuentran bajo la gestión y administración de entidades pertenecientes al sector público institucional. Así sucede, en concreto, con el Centro Nacional de Inteligencia (CNI), el Instituto de Vivienda, Infraestructura y Equipamiento de la Defensa (INVIED) y el Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial «Esteban Terradas» (INTA). Se habla de «cierta dispersión» puesto que la diseminación de los bienes inmuebles de la defensa en los organismos dependientes del Ministerio de Defensa es, en ocasiones, más aparente que real, pues los inmuebles de estos organismos instrumentales no son siempre bienes propios de su titularidad, sino que con frecuencia se trata de bienes adscritos a la administración matriz (apartado 3).
4. La amplia cantidad y variedad de inmuebles de los que son titulares el Ministerio de Defensa y sus organismos públicos permiten establecer multitud de criterios de clasificación. Sin duda, el más relevante es el establecido por la LPAAPP para diferenciar los bienes demaniales de los patrimoniales. No obstante, junto a esta elemental y fundamental catalogación, hallamos muchas otras que, aun cuando estén basadas en aspectos de menor relevancia, por sus características o naturaleza dotan a los inmuebles de defensa de ciertas especialidades con respecto de otros pertenecientes al mismo ramo. Entre estas categorías sin duda cabría destacar la de «los bienes inmuebles de la defensa en espacios naturales protegidos» o la de «los inmuebles del ramo de la defensa en la zona marítimo-terrestre» (apartado 3).
5. Las especialidades aplicables al régimen patrimonial de los bienes inmuebles del ramo de la defensa configuran lo que podría denominarse un «régimen jurídico propio», diferenciado de aquel que con carácter general se aplica a los restantes bienes del patrimonio del Estado. No obstante, estas especialidades no son de suficiente calado como para situar el patrimonio de la defensa como un patrimonio separado del correspondiente al Patrimonio del Estado. Es decir, las

especialidades del régimen jurídico propio de los inmuebles de la defensa no son de entidad suficiente como para constituir un régimen especial y autónomo, sino que más bien parecen una suma de singularidades que puntualmente afectan al régimen común o general de los bienes de las Administraciones Públicas (apartado 4).

6. El régimen jurídico propio de los inmuebles de la defensa está caracterizado por: 1) el régimen especial de gestión reconocido por la disposición adicional séptima de la LPAAPP y 2) por la protección reforzada que respectó de los inmuebles de las Fuerzas Armadas ofrecen ciertos tipos penales y disciplinarios, además de la que indirectamente despliega la vigente Ley de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional (apartado 4).
7. Junto a las representativas especialidades previstas para la gestión y protección del patrimonio inmobiliario del ramo de la defensa, hallamos todo un conjunto de singularidades de menor entidad. Nos referimos, fundamentalmente, a las establecidas para la adquisición de bienes vía expropiación o requisa; a las previstas para su afectación y desafectación; así como a las dispuestas para su uso (apartado 4).
8. Respecto a la afectación y desafectación: frente a la regla general por la cual la desafectación de los bienes inmuebles del Patrimonio del Estado corresponde al ministro de Hacienda, previa incoación e instrucción del procedimiento pertinente por la Dirección General del Patrimonio del Estado, en el caso de los bienes inmuebles del ramo de la defensa dicha competencia está atribuida al ministro de Defensa. Para hallar la norma que determina la competencia del ministro de Defensa para la desafectación de los bienes adscritos a su Ministerio deba acudir a una ley multidisciplinar y anterior a la aprobación de la vigente LPAAPP. En concreto, esta previsión normativa la encontramos aislada en el párrafo tercero del artículo 71.5 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que dispone que «el Ministro de Defensa ostenta la facultad para la declaración de desafectación y de alienabilidad de todos los bienes afectados al Ministerio de Defensa» (apartado 4).
9. Otra de las especialidades aplicables a los inmuebles pertenecientes al ramo de la defensa es la relativa a su uso, ya que en torno a los mismos existe, por razones de defensa nacional, una reserva demanial. En efecto, el uso de estos bienes está reservado en exclusiva y de forma permanente a la Administración del Estado. Esta importante reserva se halla implícita en los artículos 339.2.º y 341 del Código

Civil, pero carece de una norma adecuada que la reconozca de forma expresa. La carencia de reconocimiento explícito podría generar conflicto o malestar, pues en definitiva, el hecho de que un inmueble pertenezca al ramo de la defensa no quita que también sea un bien público sobre el que, en principio, cualquier persona podría pensarse con derecho de uso o de acceso (apartado 4).

10. Si algo caracteriza el régimen jurídico propio del patrimonio inmobiliario del ramo de la defensa es su régimen especial de gestión. Esta modalidad de gestión plantea dos objetivos: el primer objetivo consiste en permitir el acceso directo de los bienes, previamente desafectados de la defensa nacional por el secretario de Estado, al mercado inmobiliario; el segundo objetivo, circunscrito a la técnica presupuestaria, es el de eludir el principio de caja única del Estado respecto de los recursos obtenidos mediante dicho acceso, de manera que se asegura el destino de los activos que proporciona ese patrimonio inmobiliario a la financiación de las altas misiones encomendadas por la Constitución a las Fuerzas Armadas. Así las cosas, aunque la realidad es que el Principio de unidad de Patrimonio del Estado consagrado por la LPAAPP nos impida hablar de un patrimonio separado, lo cierto es que este régimen especial de gestión permite al Ministerio de Defensa funcionar de un modo muy similar al mismo, rompiendo el que debiera ser el régimen general por el cual los bienes se afectan o adscriben a un Departamento u Organismo Público, retornando a la masa común del Patrimonio del Estado cuando aquellos no son ya necesarios para el cumplimiento de los fines o funciones que justificaron la afectación o adscripción. Este sistema de «autofinanciación» siempre ha revestido de una nota de provisionalidad, quedando sujeto a un periodo de vigencia concreto. A pesar de ello, las continuas y sucesivas prórrogas de este régimen especial, justificadas, fundamentalmente, en su enorme eficacia y flexibilidad, han supuesto lo que parece una definitiva consolidación (apartado 5).
11. El patrimonio de la defensa goza de la misma protección jurídica que tienen los demás bienes pertenecientes al Patrimonio del Estado, pero a ella se le añade otra que le es propia y específica, justificada en la necesidad de «garantizar la seguridad y la plena operatividad de las Fuerzas Armadas, así como la seguridad de las personas y los bienes públicos o privados colindantes con sus instalaciones». Esta protección propia o específica permite hablar, a mi juicio, de una protección reforzada. En concreto, son tres los factores que refuerzan la protección de los bienes inmuebles de la defensa: (1) protección

penal, (2) protección disciplinaria y (3) protección indirecta ofrecida por la Ley de zonas e instalaciones de interés de la Defensa Nacional (apartado 6).

## 8. BIBLIOGRAFÍA

- Chinchilla Marín, C. (2004). *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*. Thomson-Civitas.
- De León Villalba, F. J. et al. (2017). *El Código Penal Militar de 2015. Reflexiones y comentarios*. Tirant Lo Blanch.
- Fernández-Piñeyro y Hernández, E. (1995). *Régimen jurídico de los bienes inmuebles militares. (Estudio jurídico-administrativo de los inmuebles gestionados por el Ministerio de Defensa: su adquisición y enajenación. Sus efectos en la propiedad privada colindante y su relación con las leyes sectoriales sobre urbanismo, medioambiente, costas y puertos)*. Madrid. Libro monográfico coeditado por Marcial Pons y el Ministerio de Defensa.
- Franco García, M. Á. (2015). Los espacios naturales protegidos y la defensa nacional: posibilidades de armonización de los intereses concurrentes. *Revista Actualidad Jurídica Ambiental*, pp. 1-22.
- González García, J. V. y Agoués Mendizábal, C. (2015). *Derecho de los bienes públicos*. 3.<sup>a</sup> ed. Tirant lo Blanch.
- López Feira, A. (2017). Urbanismo y zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional. *Revista General de Derecho Administrativo*, 46.
- Martín Rebollo, L. (2021). *Leyes Administrativas*. 27.<sup>a</sup> ed. Thomson Reuters Aranzadi.
- Morrillo-Velarde Pérez, J. I. (2000). El destino de los inmuebles desafectados de la Defensa Nacional. *Revista española de derecho militar*, 76, pp. 13-29.
- Mozo Seoane, A. (1994). La coordinación de la Defensa Nacional con las competencias sobre ordenación del territorio y urbanismo. *Revista española de Derecho militar*, 64, pp. 13-40.
- Palomar Olmeda, A. y Parejo Alfonso, L. (2013). *Derecho de los bienes públicos*. Aranzadi Thomson Reuters. Tomo 2.
- Puerta Seguido, F. et al. (2019). *La expropiación forzosa. Teoría y práctica de la institución. Tratados, Comentarios y Practicas Procesales*. Tirant lo Blanch.

- Rodríguez-Villasante y Prieto, J. L. (1987). El derecho urbanístico militar, gestión y protección de los recursos inmobiliarios de la defensa nacional. *Revista española de Derecho militar*, 44-50, pp. 11-57.
- Ruiz Manteca, R. (2003). El urbanismo y la legislación de defensa. *Revista española de derecho militar*, 82, pp. 77-114.
- AA. VV. (2016). *Manual de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas*. Ministerio de Defensa, Tribunal Militar Central.
- Vida Fernández, J. (2013). *Los bienes de la defensa nacional*. Aranzadi Thomson Reuters. Tomo 2, pp. 217-293.



# **RECENSIONES DE LIBROS**



## **DERECHO MILITAR SANCIONADOR (3 TOMOS)**

Directores y coordinadores:  
María Angeles Cuadrado Ruiz y Rafael Eduardo Matamoros Martínez  
Editorial: Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023.  
1ª edición; 1778 págs.

*Por Javier Ruiz Arévalo  
Coronel y profesor del máster oficial en Pensamiento Estratégico y  
Seguridad Global de la Universidad de Granada*

Hay dos razones que hacen especialmente pertinente la publicación de un libro como el que nos ocupa. La reunión en una única publicación de toda la normativa relativa al derecho sancionador militar, acompañada de los comentarios doctrinales necesarios para facilitar su comprensión y aplicación, resulta de especial interés porque, por una parte, se trata de un derecho que otorga potestad sancionadora, en determinados casos, a los propios cuadros de mando de las Fuerzas Armadas, que no son profesionales del derecho. Por otra, porque, aunque la responsabilidad del funcionamiento de la jurisdicción militar recae, en general, en los componentes del Cuerpo Jurídico Militar, con amplia formación en este campo, en ella participan también otros profesionales del derecho carentes de esa formación específica. Es el caso tanto los abogados que pueden intervenir en los procedimientos sancionadores militares, como de los magistrados que deben conocer de ellos en última instancia. Por ello, este libro, un auténtico manual de aplicación del derecho sancionador militar, resultará de interés para todos quienes deban intervenir en estos procedimientos, pero será

especialmente útiles para quienes lo hacen sin pertenecer al Cuerpo Jurídico Militar.

En su título primero, tras un breve análisis histórico de la materia, el libro aborda los bienes jurídicos protegidos, comenzando por una necesaria exposición de la relación entre los conceptos de Seguridad, Defensa y Fuerzas Armadas. Se parte de la idea de que la seguridad, en sus dimensiones material y jurídica, es el fundamento de las sociedades democráticas y de que la acción de los estados es el factor clave para garantizarla, aunque deba enmarcarse en él, cada vez más relevante, marco internacional. Por otra parte, se resalta el hecho de que la seguridad no es independiente de los valores fundamentales de nuestra sociedad. Destaca el texto la relevancia del instrumento militar del Estado en la seguridad y defensa, como clave de bóveda de la seguridad nacional. El cumplimiento de este papel obliga a configurar las FAS, incluida la Guardia Civil, como organizaciones jerarquizadas, disciplinadas y unidas, destacando la importancia de la disciplina, entendida como el acatamiento a la Constitución y el cumplimiento de las órdenes.

Nos recuerdan los autores que las Fuerzas Armadas constituyen el elemento básico de la defensa nacional, a la que contribuyen mediante el desempeño de las misiones determinadas en la Constitución y las leyes y que, para posibilitarlo, el ordenamiento jurídico diseña un estatuto específico de los militares y establece un sistema disciplinario que garantice el efectivo cumplimiento de los deberes que de él derivan. En lo que respecta a la Guardia Civil, se señala que, aunque sea un Cuerpo de Seguridad del Estado, el legislador ha optado por atribuirle naturaleza y organización militares, confiándole, precisamente por eso, junto a las funciones de carácter policial que constituyen su día a día, la de contribuir de modo permanente y ordinario a la defensa nacional, a través del desempeño de misiones militares. Por ello, el estatuto y sistema disciplinario de los guardias civiles, sin ser idéntico, se asemeja más al de los miembros de las Fuerzas Armadas que al de los funcionarios policiales.

El correcto funcionamiento de la institución militar descansa en los principios de jerarquía, disciplina y unidad, garantes de su coherencia interna. Los instrumentos para garantizar esta necesaria coherencia son, fundamentalmente, formación e instrucción, acción de mando y, por último, acción sancionadora, derivada de la aplicación del sistema disciplinario militar, protagonista de este trabajo. La aplicación del sistema disciplinario constituye así el último recurso para asegurar la coherencia interna de la institución militar, debiendo tenerse en cuenta que, en su parte menos intensa, la acción sancionadora la desempeñan los propios cuadros de mando

de las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil, además de algunos otros actores, como después se dirá, necesitados todos ellos, por tanto, de formación sobre el sistema disciplinario.

En el libro se aborda el sistema disciplinario militar como un todo, porque el complejo de normas sustantivas, competenciales y procesales que lo conforman responden a un mismo objetivo: la tutela de los bienes jurídicos militares, para garantizar el cumplimiento de las diversas funciones que la Constitución y las leyes encomiendan al elemento militar del Estado.

Al abordar en el capítulo 3 el sistema disciplinario militar, se resalta que tiene dos componentes, el penal y el disciplinario en sentido estricto. Ambos tienen el mismo objeto y tutelan idéntico bien jurídico institucional, encarnado en las características estructurales básicas de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil. Pero, aunque las infracciones que se tipifican comparten una misma naturaleza, por razones de eficacia e inmediatez en su castigo, se diferencian el penal, donde quedan residenciadas las infracciones de mayor gravedad, calificadas como delitos, y el administrativo, denominado disciplinario en sentido estricto, que comprende las infracciones de entidad no tan intensa, calificadas como faltas y agrupadas en las habituales categorías de muy graves, graves y leves. Correlativamente, las atribuciones para sancionar uno y otro tipo de infracciones, dimanantes del único poder sancionador del Estado, se distribuyen entre los tribunales militares, que conocen de los delitos y la cadena de mando militar, que castiga las faltas con sanciones que revisten gran semejanza con las penas, incluidas las privativas de libertad para los militares de las Fuerzas Armadas, así como también para los miembros de la Guardia Civil a quienes, por desempeñar una misión de carácter militar o encontrarse integrados en una unidad de los Ejércitos, se les aplique el régimen disciplinario de estos.

Sigue una exposición de las limitaciones al Ejército de sus derechos que la ley establece para los miembros de las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil, dedicando un capítulo a la exposición a este último cuerpo, su naturaleza y funciones, los derechos de los guardias civiles y su código deontológico.

Tras esta introducción, iniciando lo que podemos considerar el cuerpo del libro, se analiza en profundidad el sistema disciplinario militar, comenzando con un breve apartado titulado «La Necesidad» que resulta muy relevante, ya que parece necesario justificar la existencia de una jurisdicción militar, así como delimitar su potestad punitiva.

Como no podía ser de otra manera, el texto dedica un buen número de páginas a desentrañar minuciosamente el Código Penal Militar y los Regímenes Disciplinario de las FAS y la Guardia Civil, textos fundamentales

en esta materia. Su ámbito personal de aplicación, los delitos militares, las penas y su cumplimiento, la potestad sancionadora y el procedimiento en el caso de las faltas son asuntos abordados con minuciosidad. El capítulo 5 aborda el ámbito personal de aplicación de estas normas, comenzando por subrayar cómo la Constitución limita el ámbito de la Jurisdicción Militar al conocimiento de delitos estrictamente castrenses, siendo uno de los criterios más relevantes para definirlos el de la condición militar del sujeto activo. De este modo, la mayoría de los delitos previstos en el Código Penal Militar han de ser cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas o, con matices, de la Guardia Civil. Pero junto a ellos, el propio Código prevé otras acciones que pueden ser cometidas por personas que no ostenten la condición militar.

El capítulo 6 viene a recordar que el delito militar no constituye una categoría distinta respecto de los delitos comunes tipificados en el Código Penal y que su delimitación debe efectuarse con criterios restrictivos. La idea central del Código Penal Militar ha sido la de incluir en su articulado solo las acciones que no estuvieran tipificadas en ninguna ley penal común, junto con aquellas que requieran alguna previsión singular, sin que en ningún caso excedan del ámbito de lo estrictamente castrense. Aparecen así, junto a delitos típicamente militares, otros que no son otra cosa que delitos comunes militarizados. Además y por obra de la reforma operada en la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, con discutible técnica legislativa, se han traído al conocimiento de la jurisdicción militar los delitos comunes contra la administración de justicia, cuando fueren cometidos en el marco castrense.

Prosigue el capítulo 7 abordando las consecuencias del delito, destacando que las reglas para la aplicación de las penas son, en general, las establecidas en el Código Penal común, aunque existen notables especialidades en cuanto a la ejecución de las penas de prisión, que en buena parte de los casos lo será en establecimientos penitenciarios militares.

El capítulo 8 aborda el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, subrayando que lo preside el equilibrio entre las garantías básicas del infractor y las prerrogativas de la Administración, teniendo en cuenta que la atribución de la potestad disciplinaria se justifica como salvaguardia del interés público y la defensa de los valores esenciales de las Fuerzas Armadas. Esta ley tiene como finalidad garantizar la observancia de las reglas de comportamiento de los militares, en particular la disciplina, la jerarquía y la unidad. Los requisitos de la acción disciplinaria militar se sintetizan de este modo: no pueden sancionarse acciones u omisiones no previstas en la ley disciplinaria como falta; solo pueden imponerse las sanciones que

la ley establece; únicamente pueden aplicar esas sanciones las autoridades o mandos que tengan atribuida potestad disciplinaria y dentro de su propia competencia; y será preciso tramitar el correspondiente procedimiento sancionador para poder imponer una sanción disciplinaria.

Destaca, en este sentido, el detalle con el que se analiza el procedimiento sancionador en el caso de las faltas, en el que cabe destacar que su aplicación corresponde a la cadena de mando militar, no a la jurisdicción militar, que se reserva el derecho a resolver en caso de recurso contencioso-disciplinario. Merece crítica que el legislador, en su monto, excluyera de este recurso las sanciones por falta leve, exclusión parcialmente solucionada por la jurisprudencia, hasta que la Ley Orgánica 8/1998, posibilitó la interposición, contra todas las resoluciones que pongan fin a la vía disciplinaria el recurso contencioso-disciplinario militar.

El capítulo 9 aborda el Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, que mantiene los tipos clásicos del derecho sancionador militar y añade otros que pretenden dar respuesta a la extralimitación en el ejercicio de los derechos reconocidos o el incumplimiento de deberes. Lo más llamativo en cuanto a las consecuencias de las faltas es la supresión de las sanciones de arresto. Y en cuanto a los procedimientos sancionadores, quedan fijados de modo expreso no solo los trámites sino también, con carácter previo y programático, los principios inspiradores de su regulación.

Acaba este primer tomo con los capítulos 10 y 11, relativos al Régimen Disciplinario Judicial Militar y la policía de estrados y potestad correctora judicial militar. Cabe destacar que la jurisdicción militar no forma parte de las Fuerzas Armadas, sino que se encuentra integrada en el Poder Judicial. Por ello, a los militares que ejercen cargos, primariamente judiciales en la jurisdicción militar, pero también secretarías relatorías en los tribunales militares, o en el seno de la Fiscalía Jurídico Militar, puede exigirse responsabilidad disciplinaria por las infracciones cometidas con ocasión del desempeño de dichas específicas funciones, que es distinta de la derivada de la aplicación del Régimen Disciplinario general de las Fuerzas Armadas, al que también, aunque con especialidades, están sujetos. En cuanto a la policía de estrados comprende el conjunto de disposiciones que habilitan a los titulares de los órganos jurisdiccionales y a los secretarios o letrados de la administración de justicia para garantizar el cumplimiento de deberes que nacen del propio proceso o se refieren al orden en las audiencias. Está ligada de manera consustancial a la tarea de juzgar y cobra singular importancia en el ámbito de la jurisdicción castrense, dado el fuero militar al que están sometidos la mayor parte de cuantos intervienen o participan en el proceso judicial militar.

Los tomos segundo y tercero de esta auténtica enciclopedia del derecho militar sancionador aborda la definición de los delitos militares, siguiendo el esquema general marcado por el propio Código Penal Militar y el Régimen Disciplinario. Puede decirse que, en este campo, el texto resulta exhaustivo en la descripción de los tipos, lo cual puede ser de gran ayuda para quienes tengan que aplicarlos, especialmente en el caso de las faltas, cuya sanción corresponde a cuadros de mando que no son profesionales del derecho.

Para concluir, resulta pertinente subrayar que la Jurisdicción Militar, como parte integrante del Poder Judicial del Estado y, a la vez, pieza esencial de la organización de la defensa nacional, desempeña un papel central en el funcionamiento del sistema disciplinario militar. Además del enjuiciamiento de los delitos militares, le corresponde la revisión de las decisiones sancionadoras adoptadas por las autoridades y mandos militares, a través del recurso contencioso-disciplinario militar. Todo ello, bajo el control funcional de la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo. El correcto funcionamiento del sistema disciplinario militar, tanto en su arquitectura como en su funcionamiento diario, redundará de forma directa en el correcto desempeño de sus misiones por parte de las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil, en beneficio de la seguridad nacional. Por ello, la mejora del sistema, detectando sus lagunas y aspectos contradictorios o menos fluidos e incorporando a la acción sancionadora el uso de avances tecnológicos impactará positivamente en la propia seguridad.

La obra *Derecho Militar Sancionador* obedece a la necesidad de difundir esta materia entre todos los llamados a aplicarla. El sistema disciplinario militar no resulta especialmente complejo pero sí, en cambio, bastante desconocido. No suele estar incluido en los planes de estudio del grado en derecho, ni tampoco ser objeto de enseñanzas de postgrado. Y, sin embargo, su correcta aplicación que, como no recuerdan los autores, es un asunto de interés para la seguridad nacional, requiere un adecuado nivel de conocimiento por parte, no solo de los militares que la llevan a cabo en los planos jurisdiccionales y de mando, sino también de una serie de operadores jurídicos que no pasan por los centros docentes militares de formación, en concreto: los abogados defensores de los acusados en procedimientos ante los tribunales militares; los abogados que ejerzan la acusación particular o la acción civil en tales procedimientos; los procuradores que intervengan en todos estos supuestos; los graduados en derecho habilitados para servir en órganos al servicio de la jurisdicción militar en situación de conflicto armado y los abogados que asistan a los militares expedientados o acusados de la comisión de faltas disciplinarias.

La difusión del sistema, no solo entre los operadores jurídicos interesados sino también entre miembros de las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil, así como en el ámbito universitario se presenta como la mejor fórmula para lograr ese necesario nivel de conocimiento. La presente obra cubre con creces esta necesidad y se convierte así en un instrumento de evidente utilidad tanto para quienes deben aplicarlo, como para quienes aborden esta materia desde una perspectiva académica.



## MANUEL DE DROIT DES OPÉRATIONS MILITAIRES

Directores y coordinadores:

Camille Faure

*Adjunta a la Dirección de Asuntos Jurídicos y comisaria jefe de 1.<sup>a</sup> clase  
Rudolph Stamminger  
Jefe del Negociado de Cerecho de los Conflictos Armados de la Dirección  
de Asuntos Jurídicos.*

Publica la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Estado Mayor de la  
Defensa del Ministerio de Defensa de la República Francesa,  
con fecha 2 de febrero de 2023.

La obra está dividida en cinco partes con 365 páginas. Disponible en:  
[https://www.defense.gouv.fr/sites/default/files/ministere-armees/  
Manuel%20de%20droit%20des%20op%C3%A9rations%20militaires.pdf](https://www.defense.gouv.fr/sites/default/files/ministere-armees/Manuel%20de%20droit%20des%20op%C3%A9rations%20militaires.pdf)

*Por Francisco Luis Pascual Sarría  
General auditor, director de la REDEM*

El *Manual de Derecho de las Operaciones Militares*, publicado digitalmente por el Ministerio de Defensa de la República francesa, ha sido elaborado por la Dirección de Asuntos Jurídicos en colaboración con los Estados Mayores de la Defensa y de los tres Ejércitos, con la pretensión de sintetizar en una sola obra las principales reglas vigentes en el empleo y uso de la fuerza por los miembros de las fuerzas armadas francesas, tanto en territorio nacional como en el extranjero, en tiempo de paz y en situación de conflicto armado.

El manual obedece, según sus autores, a una doble necesidad:

- Que dispongan los Oficiales encargados de asesorar a los comandantes en las operaciones militares en un volumen único, de un cuerpo de reglas y normas prácticas y útiles para el ejercicio de sus responsabilidades, de forma concisa, clara y articulada;
- Y exponer a una audiencia más amplia la interpretación que las autoridades francesas hacen de las reglas de derecho aplicables a sus fuerzas armadas en aquellas operaciones a las que sean llamadas a realizar tanto en territorio nacional, como en el extranjero, en tiempo de paz o de conflicto armado.

La obra constituye, en palabras de la directora adjunta de Asuntos jurídicos, Camille Faure, un instrumento de eficiencia y credibilidad operativa, así como de protección de los militares en caso de conflicto. Se señala que aunque la obra esté dirigida principalmente a los cuatrocientos asesores jurídicos operativos del Ministerio y de las Fuerzas Armadas, el manual también está dirigido a todo el personal militar en operaciones; y de manera más general, a todos los que ciudadanos podrán consultarlo, al estar disponible en la red.

Señalan sus autores que mucho más que un conjunto de normas complejas que hay que dominar, el derecho internacional humanitario y, más ampliamente, el derecho aplicable a las operaciones de las fuerzas francesas constituyen la armadura de los militares inherente a la condición de soldado, señalando que según el artículo L.4122-1 del código de defensa, no se le puede ordenar ni «realizar actos contrarios a las leyes, a los usos de la guerra y a los convenios internacionales»; armadura ética, estando al unísono las virtudes militares con las de la nación, entre las que se encuentran el dominio de la violencia, el sentido del honor y la creencia en la dignidad universal del hombre; armadura inseparable del éxito operacional; por último, el respeto de la ley y de los demás es una de las condiciones cardinales para la legitimidad de cualquier intervención, especialmente ante los ojos de la población civil.

Su publicación constituye una gran novedad, ya que hasta entonces, a diferencia de algunos de sus aliados, Francia no tenía tal documento, señalando el subdirector de Asuntos Jurídicos, que esta publicación les permitirá ejercer una forma de influencia al dar a conocer la posición francesa y su visión de la normativa operacional, para difusión a sus aliados y competidores con la pretensión de enviar un mensaje a las jurisdicciones nacionales, europeas e internacionales sobre la forma en que se interpreta y aplica la ley por las Fuerzas Armadas francesas.

Se trata de una publicación muy completa que, tras analizar las generalidades del derecho internacional humanitario, contiene una primera

parte que hace referencia al cuadro jurídico de intervención de las Fuerzas Armadas francesas sobre territorio nacional. A lo largo de dos capítulos se analiza la normativa general del uso de las armas en territorio nacional y el marco específico de la participación de los ejércitos en la protección y seguridad civil, así como su contribución en actividades no relacionadas con la Defensa, siempre bajo la autoridad civil. También dedica un apartado a señalar los casos de uso de la fuerza y de las armas en territorio nacional, en los supuestos de legítima defensa y estado de necesidad, bajo mando o autoridad legítima y reglamentada, así como el régimen de protección de las instalaciones militares.

El segundo capítulo está dedicado al marco jurídico de intervención de las Fuerzas Armadas fuera de territorio nacional, donde se analizan las intervenciones en el extranjero no amparadas por el *ius ad bellum*, en operaciones de paz, ante solicitudes de asistencia material y en la evacuación de nacionales y liberación de rehenes, por la responsabilidad de proteger. Al analizar los fundamentos del recurso para el uso de la fuerza armada por los Estados en las relaciones internacionales, se estudia la interdicción del recurso a la amenaza con el empleo de la fuerza por la Carta de las Naciones Unidas y las tres hipótesis lícitas de su empleo por los Estados, en el ejercicio de su derecho a la legítima defensa individual o colectiva, fundamentada en una resolución del Consejo de Seguridad adoptada con fundamento en el Capítulo VII de la Carta, o con el consentimiento del Estado sobre cuyo territorio tiene lugar la intervención.

En el tercero de los capítulos se estudia el empleo de la fuerza en situación de conflicto armado, comenzando con la calificación de los conflictos armados y de los requisitos necesarios para la determinación del marco jurídico aplicable; la articulación de los diferentes regímenes jurídicos aplicables al conflicto y la conciliación necesaria entre el derecho internacional humanitario y los derechos del hombre. También desarrolla los acuerdos sobre el Estatuto de las Fuerzas, derecho interno y derecho del estado anfitrión, así como la situación ante la falta de un acuerdo sobre dicho estatuto, el derecho interno del Estado anfitrión y su aplicación a las fuerzas armadas desplegadas en las operaciones.

Entre los principios que rigen la conducción de las hostilidades, se analiza el necesario equilibrio entre la necesidad militar y la humanitaria, basándose en el principio de distinción sobre las personas que no forman parte de las hostilidades, la distinción entre combatientes y no combatientes, entre objetivos militares y civiles; los principios de proporcionalidad y de precaución en el ataque, en los efectos del ataque, y el principio de prohibición de males superfluos y sufrimientos inútiles.

Dedica un capítulo a la protección de ciertos bienes civiles, analizando el régimen de protección de las unidades y medios de transporte sanitarios, la protección de bienes culturales y las normas que rigen la protección de los bienes esenciales para la supervivencia de la población en los conflictos armados, la protección del medioambiente natural y la protección de obras e instalaciones que contengan fuerzas peligrosas. En el análisis de la limitación de armas, medios y métodos de combate, se estudian en el presente manual los grandes principios reguladores de dicha limitación: la prohibición de males superfluos, los ataques en los que se utilicen armas, medios o métodos de combate indiscriminados, la prohibición específica de ciertas armas y medios de guerra (el uso de veneno o de armas envenenadas, las armas biológicas y químicas, armas que atacan con fragmentos que no pueden localizarse con rayos X, armas láser cegadoras, las balas explosivas y munición expansiva, minas antipersonal, armas incendiarias y la prohibición de ciertos métodos de combate constitutivos de crímenes de guerra.

Se desarrollan igualmente las obligaciones que les corresponden a las Fuerzas Armadas en el cuidado de las personas que están en su poder, las normas para su privación de libertad y para su internamiento dentro de la legalidad, con prohibición de la arbitrariedad, analizando su régimen jurídico y las disposiciones legales nacionales e internacionales respecto de detenidos, internados y prisioneros de guerra con fundamento en las Convenciones de Ginebra y en el derecho internacional humanitario, así como en la normativa sobre derechos humanos.

En el capítulo referido a la protección jurídica de los militares en operaciones, se señala que la justicia penal militar responde a un régimen adaptado cuya base legislativa toma como fuente diversos códigos, analizando los medios para la denuncia ante el Procurador de la República francesa de hechos que indiciariamente aparezcan como delictivos a fin de iniciar acciones penales; y por último se estudian las ROES aplicables y la implementación del derecho internacional humanitario en las operaciones y las reglas de compromiso operacionales.

En su cuarto capítulo, el manual analiza las reglas específicas ligadas a las operaciones en diferentes medios (el derecho de las operaciones navales, a las operaciones aéreas, en operaciones en el espacio extra atmosférico y a las operaciones en el ciberespacio).

Y por último, su parte quinta se refiere al control del respeto al derecho en operaciones y la sanción penal y disciplinaria por las violaciones de las reglas ligadas al empleo de la fuerza, analizando los mecanismos que contribuyen al respeto al derecho internacional humanitario y al derecho inter-

nacional de los derechos del hombre, los mecanismos de control jurisdiccional y no jurisdiccional (mecanismos de responsabilidad del Estado ante las jurisdicciones nacionales y la Corte europea de derechos del hombre).

En resumen nos encontramos ante una obra muy documentada sobre el derecho en las operaciones militares que constituye un modelo de referencia.



# **NOTICIAS DE REVISTAS**



## NOTICIAS DE REVISTAS

Por Francisco Luis Pascual Sarriá  
*General auditor-director de la REDEM*

### *Sumario:*

1. Derecho penal y procesal. 2. Derecho administrativo. 3. Derecho constitucional. 4. Derecho internacional público. 5. Derecho militar operativo.

Resultan de interés los siguientes artículos publicados en revistas especializadas en derecho:

### 1. DERECHO PENAL Y PROCESAL

En la *Revista General de Derecho Penal*, 2023, 39:

- «Protección penal de la intimidad frente a la utilización ilícita de medios digitales, un análisis de la reciente doctrina jurisprudencial», de Carmen Juanate y Dorado.
- «Delito de organización criminal: contenido de injusto y ámbito de protección», de Luis Ricardo de Oliveira Dantas.
- «Odio, libertad de expresión y redes sociales», de Antonio Rodríguez Molina.

En el *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2022, tomo 75, fascículo 1 de enero 2023:

- «Protección penal de la intimidad frente a la utilización ilícita de medios digitales. Un análisis de la reciente doctrina jurisprudencial», de Carmen Juanate y Dorado.

- «Delito de organización criminal: contenido de injusto y ámbito de protección», de Luis Ricardo de Oliveira Dantas.
- «Odio, libertad de expresión y redes sociales», de Antonio Rodríguez Molina.

En la revista *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2023, 160:

- «El delito de malversación a la luz de la reforma operada por la Ley Orgánica 14/2022, de 23 de diciembre», de Antonio Zárate Conde.
- «Análisis de la naturaleza documental o pericial del informe médico como prueba en el proceso penal», de María García Romero.
- «Jurisprudencia relevante sobre el acceso al correo electrónico de los trabajadores, prueba ilícita y el delito de descubrimiento y revelación de secretos», de Vicente Magro Servet.

En la revista *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2023, 161:

- «La prisión permanente revisable. Regulación y finalidad. Postura jurisprudencial. Críticas», de Elisa Isabel Serrano Salamanca.
- «Una aproximación del delito de lesa humanidad (Artículo 607 bis del Código Penal)», de Tania García Sedano.

En la revista *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2023, 162:

- «La interpretación del consentimiento en los delitos contra la libertad sexual, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», de Vicente Magro Servet.

*Publicaciones de Editorial Lefebvre:*

- «Código Penal Comentado», 10.<sup>a</sup> ed. (junio 2023). Colección Tribunal Supremo.
- «Memento Protección de Datos y Derechos Digitales». (2023). Colección Memento Práctico.

En la *Revista General de Derecho Procesal*. Enero de 2023, 59:

- «Presente y futuro de la videoconferencia en materia penal (proceso penal español y cooperación judicial penal internacional en la UE)», de Rafael Bellido Penadés.
- «Consideraciones en clave de género sobre la valoración del testimonio en delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en atención a la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo», de Belén Hernández Moura.

En la *Revista General de Derecho Procesal*, 60, de mayo de 2023:

- «Las injurias como delitos de violencia de género, desde una perspectiva procesal», de Susana San Cristóbal Reales.

En la *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2023,1:

- «La incomunicación de testigos: límites entre la práctica de la prueba testifical y la publicidad de las sesiones del juicio oral», de Susana Ortiz Hernández.

En la *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2023, 3:

- «La posible utilidad de los terceros de confianza en la compleja valoración de la prueba electrónica», de Pilar Martín-Ríos.
- «La orden europea de investigación y las garantías procesales en la obtención de la prueba», de Susana Ortiz Hernández.

En *Diario La Ley*, 2023, 10207:

- «La responsabilidad disciplinaria del fiscal militar», de Juan Pozo Vilches.

En *Diario La Ley*, 2023, 10269:

- «La transformación de la Jurisdicción militar», de Juan Pozo Vilches.

## 2. DERECHO ADMINISTRATIVO

En la *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2023, 225. Dedicado a *Crónicas de jurisprudencia*:

- «Derecho administrativo sancionador», de M.<sup>a</sup> Teresa Acosta Penco, Lucía Alarcón Sotomayor, Antonio María Bueno Armijo, Manuel Izquierdo Carrasco, Manuel Rebollo Puig, Miguel León Acosta y Carmen Martín Fernández.
- «Responsabilidad administrativa», de Emilio Guichot Reina.
- «Procedimiento contencioso-administrativo y conflictos jurisdiccionales», de Fernando Alcantarilla Hidalgo.

En la *Revista de Administración Pública*. Enero/abril 2023, 220:

- «Sobre la estructura de la jurisdicción contencioso-administrativa», de Luis María Díez-Picazo.
- «Problemas de estructura y funcionamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa», de Juan Alfonso Santamaría Pastor.
- «La reciente jurisprudencia sobre la obligación de utilizar medios electrónicos en las relaciones administrativas», de Ana Sánchez Lamelas.

En la *Revista General de Derecho Administrativo*, 2023, 62:

- «Legalidad, proporcionalidad y márgenes de apreciación en la determinación de las sanciones administrativas. Una crítica de la jurisprudencia constitucional», de Gustavo Manuel Díaz González.

### 3. DERECHO CONSTITUCIONAL

En la *Revista Española de Derecho Constitucional*. 2023, 43, 127:

- «El cumplimiento de los dictámenes de los comités de Naciones Unidas en España. ¿Imposibilidad jurídica o falta de voluntad política?», de Carmen Montesinos Padilla.

En la *Revista General de Derecho Constitucional*. Abril 2023, 38:

- «Los estándares europeos sobre la elección de los Consejos Judiciales», de Paloma Biglino Campos.
- «La insinuación de la cuestión de inconstitucionalidad por las partes y su posterior intervención ante el juez a quo», de Carlos Roca Peláez.

En la *Revista Aranzadi Doctrina*, 2023, 1:

- «El derecho a la intimidad personal y la intimidad corporal», de Susana Ortiz Hernández.

En la *Revista General de Derecho Penal*. Mayo 2023, 39:

- «Comentario de Jurisprudencia Constitucional en materia de derechos fundamentales (noviembre-abril 2023)», de Gabriel Fernández García -

### 4. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

En la revista *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2023, 39:

- «El valor jurídico de las decisiones de los órganos basados en los tratados en materia de derechos humanos de Naciones Unidas y sus efectos en el ordenamiento español», de Ana Manero Salvador.
- «Contramidas y uso de la fuerza armada, la ausencia de soluciones definitivas ¿o no?», de Elena Carolina Díaz Galán.
- «Naciones Unidas frente al espejo. De la política de tolerancia cero contra la explotación y los abusos sexuales a la exigencia de responsabilidad penal en operaciones de paz. Propuestas para frenar la impunidad sobre el terreno», de Raquel Vanyó Vicedo.

En la revista *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2023, 161:

- «Una aproximación del delito de lesa humanidad (Artículo 607 bis del Código Penal)», de Tania García Sedano.
- «Presunción de inocencia y derecho de defensa en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE: una visión crítica», de Roberto Sierra Gabarda.

En la *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, 2023, 2:

- «Le groupe Wagner peut-il être saisi par le droit?, ¿Puede el grupo Wagner ser embargado por ley?», de Thierry Garcia.

## 5. DERECHO MILITAR OPERATIVO

En la revista *The Military Law and the Law of War Review*. Diciembre 2022. Vol. 60, 2:

- «The role of military legal advice». El papel del asesoramiento jurídico militar, de Françoise J. Hampson.
- «Civilian use of a military objective as incidental harm in a proportionality assessment?» ¿Uso civil de un objetivo militar como daño incidental en una evaluación de proporcionalidad?, de Ori Pomson.
- «How does the obligation to investigate alleged serious violations of international humanitarian law apply in ad hoc military coalitions?» ¿Cómo se aplica la obligación de investigar presuntas violaciones graves del derecho internacional humanitario en las coaliciones militares especiales?, por James Patrick Sexton.

En la revista *The Military Law and the Law of War Review*. Julio 2023. Vol. 61, 1:

- «The application of the principle of precautions to cyber operations». La aplicación del principio de precaución a las operaciones cibernéticas, de Yunus Emre Gül.



# **DOCUMENTACIÓN**



## DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

José Leandro Martínez-Cardós Ruiz  
*Letrado Mayor del Consejo de Estado*

### *Sumario*

1. Comentario general de doctrina legal. 1.1. Idea general: mecanismos para el restablecimiento del equilibrio en el caso de concesiones de obra y de servicios. 1.2. Títulos jurídicos invocados: 1.2.1. La regulación específica. 1.2.2. La fuerza mayor. 1.2.3. El *factum principis*. 1.2.4. El artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. 1.2.4. El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma.

### 1. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL

#### 1.1. IDEA GENERAL: MECANISMOS PARA EL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO EN EL CASO DE CASO DE CONCESIONES DE OBRA Y DE SERVICIOS

El Consejo ha examinado diversas solicitudes de reequilibrio económico-financiero formuladas por las sociedades concesionarias de autovías de primera generación a resultas de la situación producida por la covid-19 y el estado de alarma en su día declarado por el Gobierno (dictamen 76/2023, de 15 de junio). La doctrina sentada resulta aplicable a casi todas las concesiones de obra pública y de servicios, sin perjuicio de las correspondientes modulaciones dimanantes de sus pliegos específicos.

Estas concesiones han sido caracterizadas desde antiguo —al igual que las de autopistas en régimen de concesión— como de servicio público. Como el resto de los contratos administrativos, están presididas por tres principios esenciales: el de inmutabilidad, que comporta que el contrato debe cumplirse a tenor de sus cláusulas; el de riesgo y ventura, que determina que la frustración de las expectativas económicas asumidas por el contratista no le autoriza para liberarse de sus obligaciones y el de equivalencia, que supone que el contrato debe mantener el equilibrio económico en los términos en que fue considerado a la hora de su adjudicación.

El principio de equivalencia comporta una relajación del de riesgo y ventura; nunca su supresión. Uno y otro deben combinarse adecuadamente, pero teniendo en cuenta que el de riesgo y ventura es el prevalente. Su inaplicación resulta excepcional. Está supeditada a la estricta concurrencia de los requisitos requeridos, primero, doctrinalmente y después legalmente. Entre esos requisitos se cuenta como primordial el desbaratamiento de la economía del contrato. Por tal ha de entenderse una alteración tan sustancial que le prive de su finalidad, haciéndolo extraordinariamente gravoso para una de las partes. No toda alteración del equilibrio de las prestaciones, por tanto, da derecho a restablecerlo. Si así se entendiera el principio de riesgo y ventura quedaría orillado.

Los principios antes citados se ven complementados con la idea, afirmada desde antaño por el Consejo y luego recibida legalmente —*ex* artículo 248 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas artículo 270.4 y 290.4 de la Ley de Contratos del Sector Público— de que no existe derecho al restablecimiento del equilibrio económico-financiero por incumplimiento de las previsiones de la demanda recogidas en el estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario.

Los mecanismos para restablecer el equilibrio económico-financiero del contrato son diversos: la revisión de precios es el ordinario en el caso de los contratos no concesionales. Y el abono de compensaciones, la revisión de tarifas y la prórroga de su duración, en los concesionales.

Su aplicación está supeditada, de una parte, a la concurrencia del ya mencionado desbaratamiento grave de la economía del contrato y, de otro lado, a que ese desbaratamiento traiga causa de hechos o actos incardinables en los conceptos de *ius variandi*, *factum principis* o fuerza mayor o de ellos u otras circunstancias se derive una alteración de la base del negocio por riesgo imprevisible.

En efecto, el desequilibrio puede deberse a actos voluntarios de la Administración concedente con la finalidad específica de modificar el

contrato; a actos o disposiciones —sin rango o valor de ley— de esa misma Administración pero adoptados, no en atención al contrato, sino con carácter general; a actos o disposiciones tomados por otras Administraciones distintas de la concedente o, en fin, a hechos ajenos completamente a las partes. Los primeros son incardinables en el *ius variandi*; los segundos en el *factum principis*; los terceros, en el riesgo imprevisible y los ajenos a las partes, quedan comprendidos de ordinario en las nociones de fuerza mayor y alteración de la base del negocio, también por riesgo imprevisible.

Los citados mecanismos de restablecimiento del equilibrio económico-financiero no son indemnizatorios, sino compensatorios. No pretenden reparar un daño, sino reequilibrar las prestaciones en el seno de la relación contractual. No anudan a la idea de resarcimiento o a la subrogación real de los bienes, sino a la conmutatividad de las prestaciones y, por ende y en definitiva, a la vieja noción de precio justo.

Por otra parte, las solicitudes de aplicación de los mecanismos de restablecimiento del equilibrio económico-financiero forman parte de las incidencias que se pueden dar con ocasión de la ejecución de un contrato. Por ello, en ningún caso el restablecimiento del citado equilibrio se puede fundar en el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, que regula la responsabilidad patrimonial.

## 1.2. TÍTULOS JURÍDICOS INVOCADOS

Varios son los títulos jurídicos invocados por los concesionarios para solicitar el reequilibrio de las concesiones:

### 1.2.1. La regulación específica

En concreto, el artículo 25 del Real Decreto Ley 26/2020, de 7 de julio y, subsidiariamente, el artículo 34.4 del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo. La legislación específica citada está constituida por los mencionados preceptos. A la vista de su contenido, esta regulación especial se vale de uno de los títulos ordinariamente empleados para el restablecimiento del equilibrio económico-financiero —el *factum principis*—, si bien lo perfila de manera singular en alguno de sus extremos; excluye otro —la consideración de la situación habida como fuerza mayor y de riesgo imprevisible— y determina el alcance del citado reequilibrio.

El primero de los preceptos en el tiempo fue el artículo 34.4 del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del covid-19. Bajo la rúbrica de «Medidas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias del covid-19» disponía:

«4. En los contratos públicos de concesión de obras y de concesión de servicios vigentes a la entrada en vigor de este real decreto-ley, celebrados por las entidades pertenecientes al sector público en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, la situación de hecho creada por el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo darán derecho al concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato mediante, según proceda en cada caso, la ampliación de su duración inicial hasta un máximo de un 15 por 100 o mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Dicho reequilibrio en todo caso compensará a los concesionarios por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados, entre los que se considerarán los posibles gastos adicionales salariales que efectivamente hubieran abonado, respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato de concesión de obras o de servicios durante en el período de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19. Solo se procederá a dicha compensación previa solicitud y acreditación fehaciente de la realidad, efectividad e importe por el contratista de dichos gastos. La aplicación de lo dispuesto en este apartado solo procederá cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista, hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación descrita en su primer párrafo y únicamente respecto de la parte del contrato afectada por dicha imposibilidad».

El segundo precepto aplicable es el artículo 25 del Real Decreto Ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del covid-19 en los ámbitos de transportes y vivienda, que preceptúa:

«1. Este artículo regirá para los contratos de concesión comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 34 del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19; siempre que

hayan sido adjudicados por el Estado y que se trate de: a) Concesiones para la construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje. b) Concesiones para la conservación y explotación de las autovías de primera generación. c) Concesiones de áreas de servicio de la Red de Carreteras del Estado. 2. En las concesiones a que se refiere el apartado anterior, la situación de hecho creada por el COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado para combatirlo solo darán derecho al reequilibrio del contrato cuando se cumplan los requisitos establecidos en este artículo. En ningún caso ese derecho podrá fundarse en las normas generales sobre daños por fuerza mayor o sobre restablecimiento del equilibrio económico que, en su caso, pudieran ser aplicables al contrato. 3. A los efectos del artículo 34.4 del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, no se apreciará imposibilidad de ejecución del contrato, total o parcial, cuando el margen bruto de explotación durante el período de vigencia del estado de alarma haya sido positivo. Cuando el margen bruto de explotación durante el período de vigencia del estado de alarma haya sido negativo, se compensará al concesionario la menor de las siguientes cantidades: a) El importe necesario para que el margen bruto de explotación durante el período de vigencia del estado de alarma llegue a cero. b) La diferencia entre el margen bruto de explotación durante el periodo de vigencia del estado de alarma y dicho margen durante el mismo periodo del año anterior. A estos efectos, se entiende por margen bruto de explotación la diferencia entre ingresos generados y gastos ocasionados, sin incluir amortizaciones ni provisiones, debidamente acreditados, por las actividades de explotación de la concesión. No se considerarán los ingresos y los gastos de inversión o financiación, las moratorias o condonaciones pactadas por el concesionario, ni los salarios de los trabajadores incluidos en Expedientes de Regulación Temporal de Empleo».

Uno y otro precepto constituye una unidad normativa, recuerda el Consejo, un bloque irrevocable, regulador de las solicitudes de reequilibrio económico-financiero aplicable —entre otras— a las concesiones de autovías de primera generación. Integran un subgrupo normativo dentro del general de carreteras en régimen de concesión y de la contratación administrativa y, en consecuencia, deben ser objeto de interpretación, aplicación e integración unitaria.

Ambos preceptos son válidos. Ninguno de ellos ha sido declarado inconstitucional. Antes al contrario, el Tribunal Supremo (Sala Tercera) en su sentencia núm. 1038/2022, de 19 de julio de 2022, dictada en

impugnación de la resolución que ultimaba una reclamación formulada por una concesionaria de autopista de peaje con base en el citado precepto, ha realizado una interpretación del artículo 25 del Real Decreto Ley 25/2020 conforme a la Constitución, desechando expresamente la procedencia de plantear una cuestión de inconstitucionalidad sobre él. En consecuencia, no cabe alegar esta eventual tacha como fundamento para su inaplicación.

Por otra parte, como ya señalara el Consejo de Estado en el dictamen 698/21, de 31 de marzo de 2022, la antes indicada unidad normativa comporta que no pueda excluirse la aplicación de ninguno de ellos; en particular, como aducen las concesionarias, el artículo 25 del Real Decreto Ley 26/2020, de 7 de julio. La cuestión ha de ser resuelta a la luz de ambos preceptos, que deben ser adecuadamente conjugados, significándose que el citado artículo 25 del Real Decreto Ley 26/2020 complementa, determina el alcance y modifica, según los casos, para las autovías de primera generación concedidas, las previsiones generales contenidas para los contratos de concesión de servicios en el artículo 34.4 del Real Decreto 8/2020, de 17 de marzo. En cuanto precepto de contenido especial, el artículo 25 resulta de aplicación preferente respecto de este último. No es posible resolver las solicitudes acudiendo solo al artículo 34.4 citado e ignorando las previsiones del artículo 25. Y, menos aduciendo su eventual inconstitucionalidad, ya que esta no ha sido declarada por el Tribunal Constitucional.

Así las cosas, el Consejo concluye que una interpretación conjunta y sistemática de las previsiones de ambos preceptos permite afirmar que:

- a) Los concesionarios tienen derecho al restablecimiento económico del contrato cuando se haya producido su alteración a resultas de la «situación de hecho creada por el covid-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo» (Real Decreto Ley 8/2020, 34.4, párrafo primero y Real Decreto Ley 26/2020, artículo 25.1). Alteración que ha de ser extraordinaria, devastadora de la economía del contrato hasta hacerla imposible. La imposibilidad de la ejecución se configura así como elemento definidor de esa alteración devastadora (Real Decreto Ley 26/2020, artículo 25.3).

Queda excluida expresamente la calificación de fuerza mayor y la aplicación de las normas generales que la regulan. Ello comporta que la situación de hecho creada por el covid-19 no es incardinable ni en los supuestos legalmente previstos como tales en la legislación administrativa de contratos, ni en el concepto general prevenido en el artículo 1105 del Código Civil. Se excluyen también como causas fundamentadoras del reequilibrio

las posibles técnicas generales que pudieren contenerse en los distintos contratos.

- b) Por el contrario, la regulación reconoce a los concesionarios del derecho al reequilibrio por «las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo» en el artículo 34.4 del Real Decreto 8/2020. Ello comporta —implícitamente— que el *factum principis* y el riesgo imprevisible son técnicas compensatorias aplicables, si bien la regulación aprobada las modula y perfila con caracteres propios, en parte distintos de los sentados de manera general.

En efecto, el *factum principis* se reconoce como eventual hecho generador del eventual reequilibrio en relación con las medidas adoptadas por el Estado y también con carácter eventual, el riesgo imprevisible en relación con las medidas tomadas por las Comunidades Autónomas y la Administración local. Ahora bien, el reconocimiento del reequilibrio precisa en todo caso que el órgano de contratación, a instancia del contratista, aprecie la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de las medidas adoptadas por las Administraciones, por la situación habida y únicamente respecto de la parte del contrato afectada por dicha imposibilidad (Real Decreto Ley 8/2020, artículo 34.4, último párrafo).

La noción de imposibilidad se delimita legalmente; en concreto, se ciñe a la inexistencia de margen positivo de explotación en el periodo del estado de alarma. No se aprecia imposibilidad de ejecución, total o parcial, cuando el margen de explotación durante el período de vigencia del estado de alarma haya sido positivo (Real Decreto Ley 26/2020, artículo 25.3, párrafo primero). Se excluyen pues otros conceptos o interpretaciones de lo que es imposible jurídicamente; en especial, la que la asimila con extraordinaria dificultad.

- c) Si el margen bruto de explotación ha sido negativo durante el período de vigencia del estado de alarma, el concesionario tiene derecho en concepto de compensación a la menor de las siguientes cantidades: bien el importe necesario para que el margen bruto de explotación durante el período de vigencia del estado de alarma llegue a cero; bien la diferencia entre el margen bruto de explotación durante el periodo de vigencia del estado de alarma y dicho margen durante el mismo periodo del año anterior (Real Decreto Ley 26/2020, artículo 25.3, párrafo segundo).
- d) El margen bruto de explotación es la diferencia entre ingresos generados y gastos ocasionados, sin incluir amortizaciones ni provisiones, debidamente acreditados, por las actividades de

explotación de la concesión. No se consideran para calcularlo los ingresos y los gastos de inversión o financiación, las moratorias o condonaciones pactadas por el concesionario, ni los salarios de los trabajadores incluidos en Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (Real Decreto Ley 26/2020, artículo 25.3, párrafo tercero).

Esta regla especial del artículo 25.3 del Real Decreto Ley 26/2020 comporta que la previsión contenida en el párrafo segundo del artículo 34.4 del Real Decreto Ley 8/2020, -que contempla la compensación por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados, en los que se tendrán en cuenta los posibles gastos adicionales salariales- no resulta de aplicación a las concesiones de autovías de primera generación. El primero de los preceptos contiene una previsión especial excluyente de la general prevista en el segundo.

- e) e) El restablecimiento del equilibrio económico-financiero puede articularse, bien mediante la ampliación de la duración del contrato hasta un máximo de 15 por 100, bien mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato (Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, artículo 34.4. párrafo primero, *in fine*).

### 1.2.2. La fuerza mayor

Es el segundo título jurídico invocado para solicitar el reequilibrio. Y no resulta procedente hacerlo por cuanto lo excluye el artículo 25.2 del Real Decreto Ley 26/2020, de 7 de julio, («En ningún caso ese derecho podrá fundarse en las normas generales sobre daños por fuerza mayor [...]»). Además, no cabe incardinar la epidemia de la covid-19 en los supuestos legalmente previstos como fuerza mayor (Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2000, artículo 144), pese a tratarse de un hecho imprevisible y anormal que agrava sustancialmente las condiciones de la prestación del servicio para el concesionario. Más cuando la enumeración legal tiene carácter tasado y es de interpretación estricta.

### 1.2.3. Factum principis

No falta, por otra parte, quien ha fundado su solicitud en la técnica del *factum principis*. También en este caso, la invocación de este título resulta

improcedente, dice el Consejo. El citado artículo 25.2 del Real Decreto Ley 26/2020, de 7 de julio, excluye su aplicación implícitamente al decir que «En ningún caso ese derecho podrán fundarse en las normas generales [...] sobre restablecimiento del equilibrio económico que, en su caso, pudieran ser aplicables al contrato». Entre esas normas generales se comprende la mencionada técnica. Además, el Consejo reitera lo ya dicho en el dictamen 698/2012, de 31 de marzo de 2022, en el sentido de que, aun cuando no existiera la citada previsión legal, dicho mecanismo no sería aplicable sin más a un caso como el examinado. Como se ha señalado tienen la consideración de *hechos del príncipe* (*factum principis*) las actuaciones voluntarias —incluso disposiciones generales reglamentarias— de la Administración concedente adoptadas al margen de la relación contractual y que inciden en ella, alterando indirectamente la base del negocio, haciendo más gravosas las prestaciones que constituyen su objeto y descompensando su equilibrio económico-financiero. Solo merecen pues la calificación de *factum principis* las actuaciones imputables a la Administración concedente —pues quiebran la idea de colaboración entre la Administración y el contratista inspiradora de la concesión—. Las atribuibles a una Administración distinta deben ser reconducidas a la teoría del riesgo imprevisible. Y quedan excluidas de su ámbito, en principio, las alteraciones dimanantes de medidas de carácter legislativo.

Pues bien, en el caso de la covid-19, la alteración contractual no se ha producido solo por una actuación de la Administración concedente —la Administración General del Estado—, ajena al contrato —la declaración del estado de alarma y sus restricciones consiguientes— y que tiene la consideración de medida legislativa —valor de ley del real decreto que lo declaró—. Concurrieron a ella actuaciones de otras Administraciones —en especial, las autonómicas— que adoptaron medidas de toda índole en la denominada fase de desescalada. Y sobre todo, la alteración se produjo por la aparición de la epidemia, hecho imprevisible, anormal, pero no calificable jurídicamente de fuerza mayor por lo dicho antes. Esa concurrencia de circunstancias llevan a entender que la situación habida no es incardinable de manera pacífica en la figura del *factum principis*.

#### **1.2.4. El artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio**

Se ha invocado igualmente como título justificativo de las solicitudes el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de

alarma, excepción y sitio. El Consejo de Estado ha examinado en el dictamen 1129/2021, de 24 de febrero de 2022, si la declaración del estado de alarma altera de alguna forma el régimen de responsabilidad patrimonial general de los poderes públicos y si el mencionado artículo 3.2 se erige en un título jurídico autónomo generador de esta. En dicho dictamen, dijo que el artículo 116.6 de la Constitución y el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, se remiten a otros preceptos, de manera que una interpretación conjunta de ambos lleva a la conclusión de que, ni la declaración del estado de alarma altera en modo alguno el régimen de responsabilidad general de las Administraciones públicas —ni contractual ni patrimonial— y del Estado legislador, ni el citado precepto constituye un título jurídico, independiente o autónomo, que sirve de fundamento para reclamar o solicitar el restablecimiento de las prestaciones contractuales. Las reclamaciones por daños derivados de la aplicación de los actos y medidas adoptadas a su amparo deben sustanciarse conforme con las normas generales que la disciplinan. Ha de estarse, pues, a las previsiones específicas contenidas en el ordenamiento para solventarlas —los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en el caso de reclamaciones extracontractuales y a las correspondientes determinaciones de las leyes de contratos para las contractuales—.

E) El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma. En el citado dictamen 1129/2021, de 24 de febrero de 2022, el Consejo de Estado afirmó que dicha disposición no constituye por sí mismo un título generador de responsabilidad. Los eventuales daños derivados de su aprobación han de reconducirse a los mecanismos ordinarios de responsabilidad o compensación: a la responsabilidad del Estado legislador en el caso de la inexistencia de vínculo contractual entre el lesionado y la Administración y a los mecanismos de restablecimiento del equilibrio económico-financiero si lo hubiera.

La declaración del estado de alarma se instrumentó a través del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, que tiene valor y fuerza de Ley (Sentencias del Tribunal Constitucional 83/2016, de 28 de abril, 148/2021, de 14 de julio y 183/2021, de 27 de octubre).

Aunque se trata de una actuación imputable a la Administración General del Estado, esto es, a la concedente de los otorgamientos, no puede encuadrarse en los casos de *factum principis*, por cuanto tiene carácter de medida legislativa, en los términos antedichos. Los eventuales daños derivados de su aplicación en el seno contractual serían solo incardinables en la noción de alteración de la base del negocio por riesgo imprevisible.

Pero este mecanismo de compensación está también expresamente orillado por la legislación aplicable —artículo 25.2 del Real Decreto Ley, de 7 de julio— pues, como se ha dicho, «En ningún caso ese derecho podrán fundarse en las normas generales [...] sobre restablecimiento del equilibrio económico que, en su caso, pudieran ser aplicables al contrato». Por consiguiente, procede desechar las solicitudes hechas con esta base.



**REVISTA ESPAÑOLA DE  
DERECHO MILITAR  
NORMAS EDITORIALES**



## REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR NORMAS EDITORIALES

La *Revista Española de Derecho Militar*, iniciada en el año 1956, publicada en un principio por la Sección de Derecho Militar del Instituto Francisco de Vitoria del el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, y posteriormente por el Ministerio de Defensa, tiene su sede en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos. Su objetivo es el de la difusión del conocimiento de las distintas ramas del Derecho Militar, fundamentalmente Penal, Disciplinario, Administrativo, Internacional, Constitucional, Marítimo, Aeronáutico o Comparado, desde cualquier perspectiva científica ya sea ésta dogmática, histórica, sociológica o filosófica. A estos efectos, publica estudios originales sobre estas materias, dirigidos a juristas nacionales o extranjeros especializados en el asesoramiento jurídico militar o en el ejercicio de la jurisdicción militar. Asimismo, se dirige a abogados, jueces o representantes del mundo académico, interesados en profundizar en la vertiente militar de sus respectivos ámbitos de especialidad.

La *Revista* tiene una periodicidad semestral y ha quedado indexada en LATINDEX.

Lo publicado en la *Revista Española de Derecho Militar* no expresa directrices específicas ni la política oficial del Ministerio de Defensa. Los autores son los únicos responsables de los contenidos y las opiniones vertidas en los artículos.

Además de en soporte de papel, la *Revista* es accesible a través del portal del Ministerio de Defensa, [www.publicaciones.defensa.gob.es](http://www.publicaciones.defensa.gob.es)

## REQUISITOS DE LOS TRABAJOS

La *Revista Española de Derecho Militar* solo aceptará para su publicación trabajos originales. Salvo que concurran circunstancias excepcionales, se rechazarán trabajos publicados con anterioridad o remitidos paralelamente para su publicación en otras revistas, exceptuando los Premios «Querol y Lombardero», que serán publicados.

Las colaboraciones adoptarán la forma de Estudios, que deberán de tener una extensión máxima de 20.000 palabras de texto, incluida la bibliografía, equivalentes a 50 páginas impresas, y mínima de 12.000 palabras correspondientes a 30 páginas impresas. Las colaboraciones deberán estructurarse en las siguientes partes: *Resumen, Sumario, Desarrollo*.

Toda colaboración habrá de estar precedida por un *Resumen* del contenido del artículo con una extensión máxima de 150 palabras, y cuatro palabras clave, acompañada de la correspondiente traducción o *Abstract* en inglés, tanto del resumen como de las palabras claves, o *Keywords*, y el título del trabajo.

El *Sumario* encabezará el artículo, y en él se hará constar, de forma continua y sin puntos y aparte, los distintos apartados y subapartados en los que el tema se va a desarrollar.

El contenido del artículo será desarrollado siguiendo la estructura pre-fijada en el *Sumario*. En cuanto al sistema de citas se hará siguiendo las vigentes *Normas de edición y publicación en el Ministerio de Defensa*, conforme a la normativa ISO 690-2013. Las referencias bibliográficas aparecerán en notas a pie de página.

Explicación de las normas de redacción:

- a) Páginas escritas por una sola cara.
- b) Fuente: Times New Roman 12.
- c) Interlineado: 1,5.
- d) Márgenes:
  - Superior: 3 cm
  - Izquierdo: 3,5 cm
  - Derecho: 2,5 cm
  - Inferior: 2,5 cm
- e) Notas: siempre a pie de página. Times New Roman 10.
- f) Referencias bibliográficas, según el modelo ISO 690-2013:

— **Libros o monografías:**

De uno a tres autores, se indicarán todos. Si fueran más de tres se pondrá solo el primero seguido de *et al.* Cita dentro del texto (Gimeno Sendra, 2018).

APELLIDO/S, Nombre. (Año de publicación). *Título del libro en cursiva*. Edición (si no es la 1.<sup>a</sup>). Lugar de edición de publicación: Editorial. ISBN (si consta en el libro).

Ejemplo:

GIMENO SENDRA, V. *et. al.* (2010). *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*. 3<sup>a</sup> ed. Madrid: Edisofer, 2018. ISBN: 9788415276746

El nombre de las personas o entidades que realizan una función subordinada (coordinadores, traductores, compiladores, etc.) puede aparecer a continuación del título en el orden que aparece en el documento.

— **Capítulos de monografías, entradas de obras de referencia y contribuciones a congresos:**

APELLIDO/S, nombre del autor/a del capítulo. (Año de publicación). Título del capítulo. En: APELLIDO/S, nombre del autor/a de la obra. *Título de la obra en cursiva*. Edición (si no es la 1.<sup>a</sup>). Lugar de edición de publicación: Editorial. Páginas en las que aparece. ISBN (si consta en el libro).

Ejemplo:

PEDRÓS ESTEBAN, A.-T. (2008). *Sostenibilidad ciudadana*. En: Llavería i Arasa, J. (dir: congr.). *Diálogos urbanos: Confluencias entre arte y ciudad*. Valencia: Centro de Investigación Arte y Entorno. Pp. 265-278. ISBN 978-84-690-9563-8.

— **Tesis doctorales y trabajos fin de estudios no publicados:**

APELLIDO(S), Nombre del autor/a. (Año de presentación). Título de la obra en cursiva [Clase de trabajo inédito]. Creador/a secundario/a (p. ej. dirección de la tesis). Lugar de edición: Institución académica donde se presenta.

Ejemplo:

CERRA JUAN, J. C. DE LA. (2022). *El derecho de asociación profesional de los miembros de las Fuerzas Armadas* [tesis doctoral inédita]. Director: Blesa Aledo, Pablo Salvador. Murcia: Universidad Católica de Murcia «San Antonio».

— **Artículos de revistas y publicaciones periódicas:**

APELLIDO/S, Nombre del autor/a. (Año de publicación). Título del artículo. *Título de la publicación periódica en cursiva*. Lugar de edición de publicación: Editorial. Año, volumen, número, pp. x-xx. ISSN (si está disponible en la publicación).

Ejemplo:

GARCÍA-MERCADAL Y GARCÍA LOYGORRI, F. (2010). Penas, distinciones y recompensas: nuevas reflexiones en torno al derecho premial. *Emblemata. Revista Aragonesa de Emblemática*. Zaragoza: Institución Fernando El Católico. N.º 16, pp. 205-235. ISSN 1137-1056.

— **Referencias bibliográficas de los documentos electrónicos:**

Las referencias de documentos electrónicos se elaborarán siguiendo las mismas pautas establecidas para los documentos impresos citadas arriba. Detrás del título se deberá añadir, entre corchetes, la expresión [en línea]. También se añadirá la fecha de consulta y su disponibilidad en la URL o DOI correspondiente de la manera en que se muestra:

**Libros electrónicos:**

APELLIDO/S, Nombre autor/a. (Año de publicación). *Título del libro en cursiva* [en línea]. Edición (si no es la primera). Lugar de edición: Editorial (o web donde se aloja). [Consulta: fecha de consulta]. Disponible en: URL o DOI del recurso

Ejemplo:

ZURITA, J. (2003). *Anales de Aragón* [en línea]. Canellas López, Á. (ed.), Iso, J. J. (coord.), Yagüe, M<sup>a</sup> I. y Rivero, P. Zaragoza: Institución Fernando El Católico. [Consulta: mayo de 2024]. Disponible en: <https://ifc.dpz.es/publicaciones/ver/id/2448>

**Capítulos de libros electrónicos:**

APELLIDO/S, Nombre autor/a. (Año de publicación). Título del artículo [en línea]. En: *Título del libro en cursiva*. Lugar de edición de publicación: Editorial. Páginas que abarca el artículo. ISBN (si lo hubiera). [Consulta: fecha de consulta]. Disponible en: URL o DOI del recurso.

Ejemplo:

DÍAZ DE DURANA, J. R., GUINOT, E. (2010). El diezmo en la España medieval [en línea]. En: Viader, R. (ed.). *La dîme dans l'Espagne médiévale*. FUOC (trad.). Toulouse: Presses Universitaires du Mirail. Pp. 62-88. ISBN 9782810700875. [Consulta: mayo de 2024]. Disponible en: <https://openaccess.uoc.edu/bitstream/10609/148543/2/EIDiezmoEnLaEspa%C3%B1aMedieval.pdf>

**Tesis doctorales y trabajos fin de estudios electrónicos:**

APELLIDO/S, Nombre del autor/a. (Año de presentación). *Título de la obra en cursiva* [en línea] [clase de tesis]. Director: Apellidos, Nombre director(es). Lugar de edición: institución académica en la que se presenta. [Consulta: fecha de consulta]. Disponible en: URL o DOI del recurso.

Ejemplo:

MONROY CEA, C. (2018). *Efectos jurídicos, contables y fiscales del convenio de acreedores* [en línea] [trabajo fin de grado]. Zaragoza: Universidad de Zaragoza. [Consulta: 13 de julio de 2018]. Disponible en: <https://zaguan.unizar.es/record/69530?ln=es>

**Artículos de revistas electrónicas:**

APELLIDOS/S, Nombre del autor/a. (Año de publicación). Título del artículo [en línea]. *Título de la revista en cursiva*. Año, volumen o número del fascículo en que está incluido el artículo. ISSN (si lo hay). [Consulta: fecha de consulta]. Disponible en: URL o DOI del recurso.

Ejemplo:

RUSHBY, R. S. (2017). Drones armados y el uso de fuerza letal: nuevas tecnologías y retos conocidos [en línea]. *CES Dere-*

*cho*. Vol. 8, nº 1 [Consulta: 12 de julio de 2018]. ISSN 2145-7719. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/cesd/v8n1/v8n1a03.pdf>

***Sitios web completos:***

*Título del sitio web o portal en cursiva* [en línea]. (Año). Lugar de edición: Editorial (si está disponible). [Consulta: fecha]. Disponible en: URL o DOI del recurso.

Ejemplo:

*Dialnet* [en línea]. (2024). Logroño: Fundación Dialnet. [Consulta: mayo de 2024]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/>

Los trabajos serán enviados a la redacción de la *Revista*, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Camino de Ingenieros nº6, 28047 Madrid, preferiblemente en soporte electrónico, a la siguiente dirección de correo-e: [emej@oc.mde.es](mailto:emej@oc.mde.es). Una vez recibidos, se remitirá el correspondiente acuse de recibo.

## NORMAS DE EVALUACIÓN

Tras la recepción del texto se procederá a una primera evaluación. Al menos dos miembros del Consejo de Redacción comprobarán que el trabajo se ajusta a los requisitos exigidos sobre extensión y sistema de citas, así como a la temática, metodología científica y líneas editoriales de la *REDEM*, pudiendo rechazarse aquellos artículos que reproduzcan temas tratados en el número anterior. En el

caso de ser rechazado el trabajo, se notificará al autor a quien también se le podrá requerir, en su caso, para que efectúe las correspondientes modificaciones.

Cada colaboración será evaluada mediante el sistema de «doble referee». A estos efectos la colaboración se remitirá a un miembro del Consejo de Redacción de la *Revista*, experto en la especialidad de que se trate, y que tendrá la consideración de gestor. Éste se encargará de la búsqueda de dos evaluadores externos, reconocidos expertos en la materia, a quienes se remitirá, para evaluación, el citado artículo, garantizando el carácter anónimo de su autor. Los evaluadores disponen de seis u ocho semanas para entregar sus informes motivados, que se ajustarán al formulario incluido en anexo. Para ser publicado, un tra-

bajo deberá obtener los correspondientes informes positivos de esos dos evaluadores externos. En el caso de que uno de los informes sea negativo, se estará a lo que decida el gestor o, en su caso, el Consejo de Redacción, pudiendo ser enviado el trabajo a un tercer evaluador externo cuya decisión será vinculante. Cualquiera de los evaluadores externos puede hacer observaciones o sugerir correcciones a los autores a los que se dará un plazo adicional para incorporarlas a su trabajo. En este último supuesto, la publicación del trabajo, caso de que el gestor lo considere conveniente, se someterá de nuevo al Consejo de Redacción.

A los autores de los trabajos aceptados, caso de solicitarlo, se les expedirá un certificado en el que se haga constar que su manuscrito ha sido aprobado por el Consejo de Redacción de la *REDEM* y se halla pendiente de publicación.

De igual modo a los a los gestores y evaluadores, caso de solicitarlo, se les expedirá por el Secretario de la Revista el correspondiente certificado.

ANEXO

INFORME SOBRE EVALUACIÓN DE TEXTOS

TITULO DE LA OBRA:

OBSERVACIONES SOBRE EL CONTENIDO

FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA

(Utilización de fuentes primarias o secundarias, documentación...)

CALIDAD Y SOLIDEZ DE LA INVESTIGACIÓN

(Estructura, Coherencia, Fundamentación de las conclusiones)

NOVEDADES QUE APORTA A SU CAMPO DE ESTUDIO

(Originalidad de las tesis o conclusiones)

OBSERVACIONES SOBRE LA FORMA

EXTENSIÓN

ORDEN

ESTILO

¿RECOMIENDA SU PUBLICACIÓN?

SÍ, SIN OBJECIONES

NO, DEBE SER RECHAZADO

SÍ, SI SE REALIZAN CORRECCIONES

SI SON NECESARIAS CORRECCIONES, INDÍQUELAS





SUBSECRETARÍA DE DEFENSA  
SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA

SUBDIRECCIÓN GENERAL  
DE PUBLICACIONES  
Y PATRIMONIO CULTURAL

