

REVISTA *de* ESPAÑOLA DERECHO MILITAR

Escuela Militar de
Estudios Jurídicos

n.º 107

Madrid (España) • enero - junio 2017 • ISSN: 0034-9399



MINISTERIO DE DEFENSA

REVISTA
de ESPAÑOLA
DERECHO
MILITAR

107 ENERO
JUNIO
2017

latindex

MADRID

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

Edita:



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

© Autores y editor, 2017

NIPO: 083-15-140-0 (edición en papel)

NIPO: 083-15-141-6 (edición en línea)

ISSN: 0034-9399

ISSN: 2530-1497 (edición en línea)

Depósito Legal: M-523-1958

Fecha de edición: diciembre 2017

Maqueta e imprime: Ministerio de Defensa

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

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

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



ÍNDICE GENERAL DEL NÚMERO 107 ENERO - JUNIO 2017

IN MEMORIAM

- José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto: *A la memoria del general consejero togado D. Francisco Mayor Bordes* 9

DOCTRINA

- Resumen de contenidos. Table of contents 15

ESTUDIOS

- Vicente Moret Millás: *La Defensa Nacional y la Ley de Seguridad Nacional: un nuevo entorno jurídico para la defensa* 25
- José Miguel Compañy Catalá: *El principio ne bis in idem. Tratamiento del principio por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y por el Tribunal Constitucional (TC)* 65
- Alfonso Barrada Ferreirós: *Atentados contra la libertad sexual en el Código Penal Militar de 2015: cuestiones tipológicas, concursales y penológicas* 93
- Francisco Javier Hernández Suárez-Llanos: *Técnicas de negociación jurídica de acuerdos internacionales en el ámbito del Ministerio de Defensa* 169
- Alfonso López Feria: *Algunas cuestiones sobre el régimen jurídico de las zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional* 211

NOTAS

- Cristina Amich Elías: *Nuevas tecnologías y delitos militares: el uso de drones y la vulneración del artículo 29 del CPM* . 265
- Esteban José Hernando Zamanillo: *Legalidad, legitimidad e impacto humanitario de las armas nucleares en términos de seguridad: una relación conflictiva* 281
- José Antonio Rodríguez Santisteban: *Las infracciones contra la Hacienda militar en el derecho comparado* 303

TEXTOS

DOCUMENTACIÓN

- José-Leandro Martínez-Cardós Ruiz. *Doctrina legal del Consejo de Estado* 357

BIBLIOGRAFÍA

RECENSIÓN DE LIBROS

- Por: Carlos Eymar Alonso *Derecho internacional humanitario (3.ª edición)* Coordinadores: José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, y Joaquín López Sánchez. Autores: Manuel Pérez González, Jerónimo Domínguez Bascoy, Joaquín Cáceres Brun, Francisco Alonso Pérez, José Luis Doménech Omedas, Rosario Ojina Ruiz, Mario A. Laborie Iglesias, Sonia Hernández Pradas, Agustín Corrales Elizondo, Juan Carlos González Barral, Manuel Antón Ayllón, Juan Manuel García Labajo, Mercedes Babé Romero, David Suárez Leoz, Gonzalo Jar Couselo, Fernando Pignatelli Meca, María José Cervell Hortal, Abraham Martínez Alcañíz, Vicente Otero Solana, Milena Costas Trascasas, Rodrigo Lorenzo Ponce de León, y Carmen Quesada Alcalá. 375
- Por: Francisco Luis Pascual Sarría: *El Código Penal Militar: Reflexiones y comentarios*. Directores: Francisco Javier de León Villalba, Ángel Juanes Peces y José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto. Coordinadora: Beatriz López Lorca. Varios autores..... 383
- Por: Francisco Luis Pascual Sarría: *Globalización y cambios en la actual agenda de seguridad*. Autor: Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado. Colección Investigación. Editora: Susana Ferreira. Varios autores..... 385
- Por: Francisco Luis Pascual Sarría: *Escenarios de inseguridad en américa latina y los actuales retos en Colombia*. Autor: Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado. Colección Investigación. Editora: Sonia Alda Mejías y Susana Ferreira. Varios autores 387

NOTICIAS DE REVISTAS

- Francisco Luis Pascual Sarría. Noticias de revistas 393

NORMAS DE EDICIÓN Y PUBLICACIÓN

IN MEMORIAM

**NOTA NECROLÓGICA
A LA MEMORIA DEL GENERAL CONSEJERO TOGADO
D. FRANCISCO MAYOR BORDES**

General consejero togado del Cuerpo Jurídico Militar ®
José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto



El día 16 de octubre de 2017 fallecía en Madrid, después de una larga enfermedad, el ministro togado de la Armada y exmagistrado de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo Francisco Mayor Bordes.

Redacto esta nota necrológica para la *Revista Española de Derecho Militar*, siendo consciente de que mi gratitud al general Mayor Bordes será siempre una deuda impagable.

Dios le dio una larga existencia, vivida, gozada y, al final, padecida, pero una dilatada vida que mereció la pena.

Solo me voy a referir ahora brevemente a su brillante trayectoria como jurista militar y magistrado. Desde aquel joven y docto capitán auditor que formaba parte del Tribunal de Oposiciones al Cuerpo Jurídico de la Armada, que me examinó en noviembre de 1963, hasta el juez marítimo, el auditor de la Flota y general director de Justicia. Ascendido a ministro togado de la Armada, en el Cuartel General, se ganaba la confianza del mando con dictámenes plenos de sabiduría, perfección, prudencia y lealtad.

Más tarde, en la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, sus sentencias bien razonadas y meticulosas fueron referencia obligada para los estudios del derecho militar español, penal y disciplinario.

Paco Mayor, a él le gustaba esta expresión («No me digas *mi general*, llámame Paco Mayor»), reunía (bien lo sabe su familia) grandes virtudes humanas: una enorme cordialidad, modestia y un admirable sentido de la amistad. Podría decir, como Polonio a Laertes en *Hamlet*: «A quien sean tus amigos, con amistad probada, amárralos al alma con ganchos de acero».

Disfrutaba de las tertulias, en las que hacía gala de una fina ironía levantina. Pero sobre todo era feliz cuando utilizaba el idioma valenciano al recibir en su despacho a sus amigos de La Vila (Villajoyosa), donde todos habrán sentido su fallecimiento.

Su humanidad afloraba cuando contaba sus proezas como infalible cazador de aves, cantaba en la cena a los peregrinos *La bien pagá*, rezaba en el monasterio de Samos o ejercía su proverbial hospitalidad con inolvidables paellas.

Pero Paco Mayor era, ante todo, un ejemplar cristiano, con profundo sentido religioso de su existencia y enamorado del Camino de Santiago que recorrió a pie muchos años en unión de su querido hijo Carlos Tonda. Cuando le fallaron las fuerzas, se podían aplicar a nuestro amigo las palabras de S. S. Benedicto XVI al final de su pontificado: «Soy un peregrino en la última etapa del camino».

Fue, en toda su vida, fiel a las ideas básicas que guían a los peregrinos: el sentido religioso del camino, la alegría de los que creen en Dios y la

discreción, pues todo peregrino conoce su razón para caminar a Santiago y la guarda en su intimidad como un precioso tesoro.

Su condición de marino, devoto de la Virgen del Carmen, se hacía patente cuando entonaba en el camino la *Salve marinera* y seguro que, fervorosa, ascendía su plegaria.

No puedo terminar estas palabras sin un entrañable recuerdo para su esposa Vicenta, sus hijos Gaspar, Francisco, Beatriz, María y Carlos, sus nietos y toda su familia.

Como es tradicional en la Orden de Peregrinos del Camino de Santiago, finalizo dedicando un soneto a este cofrade peregrino.

Soneto in memoriam Francisco Mayor Bordes

*Fuiste uno de los doce peregrinos
Pioneros de la vía a Compostela
Y eras, tras la huella de la estrela,
El decano de la Orden del Camino.*

*Oigo tu voz que enseña a los amigos
Y también tus silencios predicaban,
Ángelus que las doce agrupaba
Para entonar la Salve el buen marino.*

*Con su mano el Apóstol te bendice
Y en gesto más cercano, Santiago
Con la paz en su casa te recibe.*

*Quedó en soledad nuestro camino,
Tan humano y, de pronto, tan ausente,
Paco Mayor, hermano, peregrino...*

DOCTRINA

**RESÚMENES (ABSTRACTS) DEL NÚMERO 107
(ENERO-JUNIO 2017)**

**LA DEFENSA NACIONAL Y LA LEY DE SEGURIDAD
NACIONAL: UN NUEVO ENTORNO JURÍDICO PARA LA
DEFENSA.** *Vicente Moret Millás*

Resumen: Los conceptos de defensa y seguridad han sido revisados mediante la sucesiva aprobación de estrategias de seguridad nacional. El cambio de paradigma se encarna en España con la aprobación de la Ley 36/2015 de Seguridad Nacional. Este concepto de *seguridad nacional* ha extendido su alcance hasta materias antes insospechadas incluyendo bajo su paraguas cualquier aspecto de la seguridad que pueda afectar a un Estado desde un enfoque poliédrico multidisciplinar, interconectado y transversal. Y todo ello en el marco de las organizaciones internacionales que forman nuestras coordenadas geopolíticas, la OTAN, la UE y la OSCE. No obstante, hay que defender la existencia dentro de este ámbito generalista de una configuración independiente, aunque interdependiente de la defensa nacional. Tiene rasgos propios que la singularizan dentro de todas las demás actuaciones del Estado dentro de la política pública de seguridad nacional.

Palabras clave: defensa nacional, seguridad nacional, Ley 36/2015 de Seguridad Nacional, estrategia seguridad nacional.

**THE NATIONAL DEFENSE AND THE NATIONAL SECURITY LAW:
A NEW LEGAL CONTEXT FOR DEFENSE.** *Vicente Moret Millás*

Abstract: The concepts of defense and security have been revised through the successive approval of national security strategies. The paradigm shift is embodied in Spain with the approval of Act 36/2015 on National Security. This concept of National Security has extended its scope to previously unsuspected matters, including under its umbrella any aspect of security that may affect a State from a multi-disciplinary, interconnected and cross-disciplinary approach. And all this within the framework of the international organizations included in our geopolitical context, NATO, EU and OSCE. However, it is necessary to defend the existence, within this generalist ambit, of an independent but interdependent configuration of the National Defense. It has its own features that distinguish it from other actions of the State framed in the National Security public policy.

Keywords: National defence, National security, 36/2015 Act on National Security, National Security Strategy.

**EL PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM*. TRATAMIENTO DEL
PRINCIPIO POR EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS
HUMANOS (TEDH), EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN
EUROPEA (TJUE) Y POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (TC).**

José Miguel Compañy Catalá

Resumen: En el momento de protección multinivel en el que nos movemos en la sustanciación de los derechos fundamentales y de los derechos humanos, el principio *ne bis in idem* no podía ser una excepción. Sin embargo, raramente llega al TC, cuya última sentencia en la materia es de 2003. Asimismo, cuando se observa un esfuerzo sincero de convergencia entre los dos tribunales europeos con competencias en derechos fundamentales, resulta que la mayoría de operadores jurídicos nacionales desconocen dichas jurisprudencias y sobre todo las líneas básicas al respecto del TEDH. Muchísimos casos se evitarían con la consiguiente ausencia o mitigación del sufrimiento personal que siempre hay detrás de un caso de derechos humanos si a tiempo el Fiscal y el Juez adoptaran una perspectiva correcta. Espero contribuir modestamente a esta labor de divulgación.

Palabras clave: *Ne bis in idem*, hechos materiales, sanción administrativa, faltas.

NE BIS IN IDEM PRINCIPLE. ECTHR, EUC AND SPANISH CONSTITUTIONAL COURT'S CASE-LAW. *José Miguel*

Compañy Catalá

Abstract: At the present multilevel moment for the protection of fundamental and human rights, the *ne bis in idem* principle could not constitute an exception. Nevertheless, the cases rarely reach the TC, whose last sentence in this subject was passed on 2003. Moreover, when there is a sincere effort of convergence between the two European Courts with competency in fundamental and human rights, it turns out that most of legal national operators are unaware of such jurisprudence and they specially unknow the basic ECHR's lines on the subject. Many cases would be avoided with the consequent absence or mitigation of personal suffering that hides always behind a human rights case if on a previous procedural time, the Prosecutor and the Judge had adopted a correct perspective. I hope to contribute in a modest way to the task of that case-law dissemination.

Keywords: Ne bis in idem, material facts, administrative sanction, misdemeanours.

ATENTADOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR DE 2015: CUESTIONES TIPOLÓGICAS, CONCURSALES Y PENOLÓGICAS. *Alfonso Barrada Ferreirós*

Resumen: Más de un año después de la entrada en vigor del Código Penal Militar de 2015 todavía la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo no se ha pronunciado con detalle sobre ninguno de los tipos penales en los que se castigan conductas que atentan contra la libertad sexual y que se concretan en los delitos contra la disciplina de insulto a superior (artículo 42.1) y abuso de autoridad (artículo 47) y en los delitos de nuevo cuño contra el ejercicio de los derechos fundamentales por los militares cuando aquellas conductas tienen lugar entre militares del mismo empleo (artículo 49).

Después de un breve repaso de los antecedentes legales y jurisprudenciales recientes de la nueva regulación, el presente trabajo aborda algunas de las cuestiones que surgen con los nuevos tipos penales, tanto en lo que se refiere a la descripción de la conducta típica como a los problemas concursales que puede suscitar la aplicación conjunta de tipos del Código Penal, como, finalmente, a ciertas cuestiones relativas a las penas previstas para tales delitos.

Palabras clave: delitos contra la libertad sexual, insulto a superior, abuso de autoridad.

CRIMES AGAINST SEXUAL FREEDOM OF THE 2015 MILITARY CRIMINAL CODE. *Alfonso Barrada Ferreirós*

Abstract: More than a year after the entry into force of the 2015 Military Criminal Code, the Supreme Court's Military Chamber has not yet made a detailed pronouncement on any of the types of criminal offenses that punish conducts against sexual freedom. Those conducts are specifically defined under the crime against military discipline of insubordination (article 42.1) or of abuse of authority (article 47), as well as under the new penal type of crimes against the exercise of fundamental rights by military personnel with the same military rank (article 49).

After a brief overview of the legal and case-law background of this new regulation, this work addresses some of the questions that arise from these new types of criminal offenses, whether they arise with regard to the description of the punishable conduct, with regard to the question of concurrent offenses under the Military and common Criminal Codes or, finally, with regard to certain issues relating to the penalties provided for these crimes.

Keywords: crimes against sexual freedom, insubordination, abuse of authority.

TÉCNICAS DE NEGOCIACIÓN JURÍDICA DE ACUERDOS INTERNACIONALES EN EL ÁMBITO DEL MINISTERIO DE DEFENSA. *Francisco Javier Hernández Suárez-Llanos*

Resumen: Una de las actividades más importantes en el espacio internacional que desarrolla el Ministerio de Defensa es la suscripción de acuerdos internacionales no normativos. La función asesora de los miembros del Cuerpo Jurídico Militar en este punto no se circunscribe únicamente al control de la legalidad de los textos que pretenden firmarse, sino también al apoyo a los equipos de negociación para la redacción de los acuerdos. Este estudio, aportando una dilatada experiencia en la negociación de acuerdos internacionales con Gobiernos de otros países en el ámbito del Ministerio de Defensa, permite deducir que la negociación por expertos legales de estos acuerdos alcanza identidad propia dentro del mundo de la negociación y demanda un asesoramiento jurídico especializado que requiere, además de la especialización propiamente jurídica, las habilidades propias del negociador.

Palabras clave: negociación, acuerdos internacionales, Ministerio de Defensa, asesor jurídico.

LEGAL NEGOTIATION STRATEGIES IN THE CONTEXT OF INTERNATIONAL AGREEMENTS CONCLUDED BY THE MINISTRY OF DEFENCE. *Francisco Javier Hernández Suárez-Llanos*

Abstract: One of the most important activities carried out by the Ministry of Defence in the international arena is the conclusion of non-binding international agreements. The advising role of the Juridical-Military Corps in this area is not limited to reviewing the legality of the texts to be signed, the Corps also supports the negotiation teams in the drawing-up of the agreements.

This paper, based on wide experience in negotiating international agreements with foreign Governments within the Ministry of Defence, shows that the negotiation of these agreements by legal experts is a discipline in its own right within the negotiation field and requires specialized legal advice including not only legal knowledge but also negotiation skills.

Keywords: negotiation, international agreements, Ministry of Defense, legal advisor.

ALGUNAS CUESTIONES SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ZONAS E INSTALACIONES DE INTERÉS PARA LA DEFENSA NACIONAL. *Alfonso López Feria*

Resumen: El presente artículo pretende analizar el régimen jurídico de las zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional y sus especialidades, examinado los efectos jurídicos que producen sobre el resto de la propiedad inmueble. En particular, se analizan las zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional, las zonas de seguridad y las de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros, profundizando en su contenido, los requisitos para su declaración, su delimitación y las limitaciones que lleva consigo su declaración.

Palabras clave: propiedad, defensa nacional, Fuerzas Armadas, límites.

SOME QUESTIONS ON THE LEGAL STATUS OF AREAS AND FACILITIES OF NATIONAL DEFENSE INTEREST. *Alfonso López Feria*

Abstract: This article intends to analyze the legal regime for areas and facilities of interest for the Spanish National Defense and its specialities, considering the legal effects they have over the rest of the real property. Areas and facilities of interest to the Spanish National Defense, security

areas as well as those properties with restricted access for foreigners, will be particularly analyzed, deepening its content, declaration requirements, delimitation and the limitations that its declaration implies.

Keywords: property, national defence, Armed Forces, limits.

NUEVAS TECNOLOGÍAS Y DELITOS MILITARES: EL USO DE DRONES Y LA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 29 DEL CPM.

Cristina Amich Elías

Resumen: El presente trabajo aborda la repercusión de los drones en el ámbito del derecho penal militar, y más concretamente en relación con el artículo 29 del nuevo texto penal militar, Ley Orgánica 14/2015 de 14 de octubre. Para ello, se adentra en la exposición de las características técnicas de esta tecnología y la regulación a la que está sometida en nuestro país, para abordar a continuación el fenómeno del intrusismo en los centros militares, así como la respuesta que a dicho fenómeno da el artículo 29 del Código Penal Militar, centrándonos en este punto en el sobrevuelo de drones como modalidad de comisión delictiva del citado artículo, y por tanto como modo de afectación al bien jurídico protegido por este, así como en el cumplimiento de los elementos objetivo y subjetivo del tipo.

Palabras clave: drones, intrusismo, centros militares, seguridad nacional, Defensa Nacional, Código Penal Militar.

NEW TECHNOLOGIES AND MILITARY OFFENCES: THE USE OF DRONES AND THE VULNERATION OF ARTICLE 29 OF THE MILITARY CRIMINAL LAW. *Cristina Amich Elías*

Abstract: This paper deals with the impact of the drones in the military criminal law, and more specifically in relation to article 29 of the new Military penal Code, Law 14/2015 of 14 October. First of all, the technical characteristics of this technology and the regulation to which it is subjected in our country are analyzed. Then, we address the phenomenon of intrusion in military centers, as well as the response given by the Article 29 of the military Penal code to this kind of offences, focusing on this point on the overflight of drones as a form of criminal commission of the aforementioned article, and therefore as a way of affecting the public protected interest.

Keywords: drones, intrusion, military centers, national security, national defence, Military Criminal Law.

LEGALIDAD, LEGITIMIDAD E IMPACTO HUMANITARIO DE LAS ARMAS NUCLEARES EN TÉRMINOS DE SEGURIDAD: UNA RELACIÓN CONFLICTIVA. *Esteban José Hernando Zamanillo*

Resumen: La amenaza o empleo de las armas nucleares constituye uno de los problemas más graves a los que se enfrenta la comunidad internacional y la determinación de su legalidad como factor polemológico destacado en el ámbito del derecho internacional, en general, y del derecho internacional humanitario, en particular, dificulta su prohibición. Consecuentemente, se ha buscado acudir a mecanismos transitorios distintos como el de la no proliferación y el del desarme mediante el desarrollo de acuerdos como el Tratado de No Proliferación de las Armas Nucleares de 1968. Sin embargo, su eficacia y aplicación es relativa, flexible y desigual, haciéndose depender de las opuestas interpretaciones que de las obligaciones que se derivan de este realicen los países nucleares y los que no lo son. El recién aprobado Tratado de Prohibición de Armas Nucleares en 2017, *a priori*, tampoco parece haber conseguido ese propósito de forma eficiente. Quizá la solución pase por una deslegitimación de esa clase de armas con base en el impacto humanitario que pueden producir.

Palabras clave: armas nucleares, legalidad y legitimidad, desarme, no proliferación.

LEGALITY, LEGITIMATION AND HUMANITARIAN IMPACT OF NUCLEAR WEAPONS IN SECURITY TERMS: A CONFLICTING RELATIONSHIP. *Esteban José Hernando Zamanillo*

Abstract: The threat or use of nuclear weapons constitutes one of the most serious problems that the International Community faces; and the determination of its legality as a polemological factor highlighted in the area of International Law, in general, and International Humanitarian Law in particular, hinders its prohibition. Consequently, it has been sought to come up with different and transitory mechanisms such as non-proliferation and disarmament through the development of agreements such as the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons of 1968. However, its effectiveness and application is relative, flexible and unequal, depending on the interpretations of the obligations which derive from the nuclear countries and non-nuclear countries. The recently approved Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons in 2017, *a priori*, does not seem to have achieved that purpose efficiently either. Perhaps the solution goes through

a delegitimization of this kind of weapons based on the humanitarian impact they can produce.

Keywords: nuclear weapons, legality, legitimacy, disarmament, non-proliferation.

LAS INFRACCIONES CONTRA LA HACIENDA MILITAR EN EL DERECHO COMPARADO. *José Antonio Rodríguez Santisteban*

Resumen: Las diversas formas en que se formulan los distintos sistemas donde se inserta la protección penal y disciplinaria militar de los recursos materiales y económicos de los Ejércitos son ilustrativas de los distintos pensamientos o corrientes para tipificar y sistematizar un conjunto de infracciones, dando lugar de esta manera a distintas soluciones o planteamientos a una misma cuestión, como es la protección castrense de los mencionados recursos militares. La complejidad del tema obliga a realizar una fase expositiva previa, para después abordar un análisis comparativo en el que se recojan las notas comunes y diferenciadas de los distintos sistemas normativos. De esta manera, con el contraste sistemático de las diversas posiciones que regulan la protección de los recursos militares se obtiene una valiosa información ilustrativa por, entre otras razones, criterios contextuales, estructurales, operativos y funcionales en la regulación internacional de las infracciones contra la hacienda en el ámbito militar.

Palabras clave: derecho comparado, delitos, faltas, propiedad.

OFFENCES AGAINST MILITARY PROPERTY IN COMPARATIVE LAW. *José Antonio Rodríguez Santisteban*

Abstract: Systems regarding penal and disciplinary protection of Armed Forces economic and other assets show different tendencies to criminalize and systematize this kind of offences, thus allowing various approaches and solutions to military corporative protection of assets.

The complexity of this issue demands a previous expository stage, followed by a comparative analysis about analogies and discrepancies of the different systems, rules and procedures. By systemic comparison of regulations protecting military assets, we can obtain precious illustrative information regarding contextual, structural, operational and functional criteria in international regulation about offences against military property.

Keywords: comparative law, offences, misdemeanor, property.

ESTUDIOS

**LA DEFENSA NACIONAL Y LA LEY DE SEGURIDAD NACIONAL:
UN NUEVO ENTORNO JURÍDICO PARA LA DEFENSA**

Premio defensa 2017

Premio José Francisco de Querol y Lombardero

Vicente Moret Millás

Letrado de las Cortes Generales

Director de Presupuestos y Contratación

Director de Infraestructuras

Letrado de la Comisión Mixta de Seguridad Nacional

Profesor asociado IE Law School

«Las armas tienen por objeto y fin la paz, que es el mayor bien que los hombres pueden desear en esta vida.»

El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha I

Miguel de Cervantes

SUMARIO

1. Introducción; 2. El concepto de seguridad nacional; 3. El concepto jurídico de seguridad nacional en España; 4. El marco jurídico de la defensa y la seguridad nacional en España. 5. El sistema de seguridad nacional. 6. La Defensa Nacional en la Ley de Seguridad Nacional

1. INTRODUCCIÓN

LA SEGURIDAD COMO VALOR JURÍDICO

La seguridad, en cualquiera de sus dimensiones o ámbitos, es la primera responsabilidad de cualquier Estado. Históricamente, la seguridad de un país, de una sociedad, ha sido una responsabilidad asumida por las fuerzas competentes para mantener el orden interno y por el elemento militar. Sin embargo, la aparición de nuevos actores y riesgos de naturaleza heterogénea ha provocado que muchos Estados de nuestro entorno geopolítico estén llevando a cabo una profunda revisión y transformación de sus políticas de seguridad y defensa. Es decir, que los Estados conservarán sin duda su función más antigua, la de proporcionar seguridad a sus ciudadanos, pero la cumplirán de otra forma. Otra parte, el derecho internacional deberá intentar *civilizar* estas nuevas amenazas internacionales a la paz y la estabilidad mundial que suponen estas nuevas formas de enfrentamiento y de conflicto.

Esta revisión y transformación obedece a un cambio en el marco rector de la seguridad. Entre los nuevos condicionantes que están motivando estos cambios radicales se pueden citar varios entre los cuales es especialmente relevante el hecho de que la seguridad de los Estados ya no está restringida a la defensa de sus fronteras y su soberanía, sino que también debe garantizar el bienestar de sus sociedades frente a los nuevos riesgos cuyos orígenes son diversos. La globalización o la aplicación masiva de las tecnologías de la información fomenta la aparición de nuevos riesgos y amenazas transfronterizos como el terrorismo internacional, el ciberterrorismo o la proliferación de armas de destrucción masiva, entre otros. La aparición de actores con orígenes y motivaciones heterogéneas, y con voluntad de desafiar el Estado de derecho, los ordenamientos jurídicos y el orden internacional motivan este cambio. En ocasiones estas amenazas pretenden imponer por la violencia sus formas de entender el mundo o la vida, y además tienen capacidad para actuar en cualquiera de las dimensiones de la seguridad, disminuyendo la capacidad de respuesta de los Estados agredidos.

LOS NUEVOS RETOS

En definitiva, un nuevo reto se plantea ahora en todos los países cuyos gobiernos tienen la obligación constitucional de velar por la vida y seguri-

dad de sus ciudadanos, definida como el principal de los fines del Estado desde que este nace, tal y como hoy lo conocemos, en los albores del siglo XV. Este reto no es otro que afrontar con resolución una nueva tarea de vital importancia en los Estados actuales, consistente en crear estructuras de seguridad adecuadas que permitan a las sociedades actuales desarrollarse plenamente y en libertad, exentas, en la medida de lo posible, de las amenazas inherentes a este nuevo contexto. Se puede decir a este respecto que los países que lo consigan, además de cumplir con lo establecido como uno de los fines esenciales e inevitables del Estado, asegurando la libertad de los ciudadanos, su seguridad y la realización del derecho, lograrán una inmensa ventaja competitiva frente las demás naciones.

Las sociedades humanas están conformadas en Estados y estos son definidos como organizaciones jurídicas de las sociedades, constituidas históricamente en nación, asentadas sobre un espacio territorial, y dotadas de un poder político o soberano. Estos son los paradigmas que han servido de base para construir las políticas de seguridad de los Estados, del mismo modo que han servido como categorías jurídicas sobre la base de las cuales se han construido el resto de las actuaciones de los Estados. Se puede decir que un considerable número de los axiomas relativos a los principios antes citados están hoy en revisión o por lo menos en cuestión, no solo en el ámbito interior constitucional de los Estados, sino en el ámbito del derecho internacional.

Especialmente, al respecto de esta revisión de parámetros de actividad de los Estados, es imprescindible tener en cuenta la revolución que ha supuesto la irrupción de las tecnologías de la información de forma masiva. Este nuevo ámbito, que supone un cambio civilizatorio, en realidad tiene múltiples consecuencias. Los elementos constitutivos de los Estados, el territorio como espacio geográfico, el poder político soberano y la organización jurídica son categorías totalmente ajenas a la esencia y elementos configuradores del ciberespacio que por definición no se ciñe a ningún territorio geográfico, carece de un poder político como tal bajo cuya responsabilidad esté el total del elemento, es decir, la red, y que además desde su origen se concibió como un elemento ajurídico y ácrata, en el sentido de ausencia de normas y de autoridad única para imponerlas. Las fronteras marcan el ámbito de aplicación de la ley y la justicia en un Estado, y su defensa en su caso, y si de algo carece internet es precisamente de fronteras geográficas o políticas. De hecho, en el ámbito militar, se conceptualiza un nuevo tipo de guerra, denominada de cuarta generación, en la cual el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones serán decisivas, siendo además el terreno propicio para las estrategias asimétricas, de forma

tal que un grupo o un país con escasas capacidades militares puede plantear un conflicto a un Estado con grandes medios militares.

Al respecto, también se debe tener en cuenta que la información en tiempo real, que permite visualizar y conocer lo que ocurre en cualquier parte del globo, sensibiliza a las sociedades ante la violencia y los conflictos, creando estados de opinión que condicionan de manera importante las decisiones de un gobierno, y llevando incluso en algunos casos a colaborar en la caída de estos, tal y como se vio en la Primavera Árabe y en Ucrania, entre otros muchos casos acaecidos en los últimos años. Esto es así porque en este nuevo contexto se produce una transnacionalización de los conflictos internos, confundiendo la seguridad interior y la exterior. El uso de estas tecnologías como armas recupera el aserto clausewitziano de que los conflictos no son de naturaleza militar, sino política, y están directamente relacionados con la lucha por el poder político, ya que lo que se busca y se pretende lograr es la debilidad del Estado socavando su legitimidad.

Ahora bien, no solo la aparición de estas nuevas tecnologías y su posible uso con fines dañinos para la vida de los ciudadanos o para las infraestructuras es una amenaza real. Tras el 11S la sombra de un nuevo riesgo se cierne sobre el mundo en forma de terrorismo islámico de carácter global en el marco de una yihad. Si se tiene en cuenta que el objetivo de este movimiento es precisamente la creación de un califato mundial basado en una teocracia como modelo de gobierno global, se deduce que lo que se amenaza es precisamente no solo a las sociedades occidentales, sino sus libertades y su modo de vida, sus valores y sus fundamentos civilizatorios mismos. Frente a ello el Estado puede y debe reaccionar del mismo modo que lo ha ido haciendo desde hace más de quinientos años, momento en el cual nacieron estas estructuras jurídico-políticas en las cuales se ha organizado el mundo en su totalidad.

También han aparecido nuevas formas de riesgo que deben ser afrontadas desde un enfoque integral de seguridad nacional para poner todas las capacidades de los poderes públicos al servicio de la lucha contra esas amenazas: riesgos medioambientales, sanitarios, alimentarios, energéticos. Por tanto, y desde esta óptica, se entiende que el carácter de las amenazas es multiforme, pero los mecanismos de reacción del Estado se deben basar, entre otros, en el principio de unidad de acción, imprescindible para poder afrontarlas con garantías de éxito, y en el principio de puesta en común de capacidades.

SEGURIDAD NACIONAL E INTERÉS NACIONAL

Por otro parte, este concepto de seguridad nacional entronca directamente con el de interés nacional. Existe un amplio y profundo debate sobre cuál es la noción concreta de interés nacional y hasta donde abarca este concepto. Por lo que aquí interesa, podría usarse el concepto incluido en el Libro Blanco de la Defensa, que recoge:

«España, como toda nación, tiene sus propios intereses nacionales, que son valores y bienes inmateriales que constituyen sus aspiraciones básicas en el orden internacional y el fundamento del bienestar y la prosperidad de los españoles. Dentro de los intereses nacionales existen algunos de particular transcendencia, cuya salvaguarda merece, si llega el caso, un esfuerzo de defensa: los intereses nacionales de seguridad, que son los fines que debe alcanzar la política de defensa. Su definición es siempre muy amplia y genérica pues no es posible prever *a priori* todos los posibles escenarios que puedan presentarse».

Es importante resaltar la existencia de un interés nacional primario y preeminente que es el de seguridad que se sobrepone a todos los demás posibles intereses nacionales de carácter geopolítico o económico. Este esfuerzo en pos de asegurar una seguridad nacional de carácter lo más integral posible debe comenzar como en todos los Estados de derecho por el marco normativo; la ley y las normas deben marcar las líneas generales y también los límites a la actuación de los poderes públicos.

LAS NUEVAS ESTRATEGIAS

Por esta razón, los Estados de nuestro entorno han ido afrontando ese enfoque integral de la seguridad desde la óptica del nuevo paradigma de la seguridad nacional, siendo este el único enfoque que garantiza con ciertas certezas el éxito de este empeño de proporcionar seguridad a los ciudadanos en sociedades democráticas. Como país no podíamos permanecer ajenos a los esfuerzos internacionales y nacionales para configurar unos principios básicos y unas líneas de actuación, así como para crear los órganos administrativos necesarios que permitan defender a los ciudadanos, al Estado y al resto de las Administraciones Públicas de los nuevos peligros globales que acechan a las democracias occidentales, especialmente en un mundo que se ha vuelto más inseguro y más complejo. En este contexto

se inscriben la nueva Ley de Seguridad Nacional (LSN) y la Estrategia de Seguridad Nacional (ESN) que la precedió. Por ello, la Estrategia de Seguridad Nacional de 2013 definió la seguridad nacional como «la acción del Estado dirigida a proteger la libertad y el bienestar de sus ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales, así como a contribuir junto a nuestros socios y aliados a la seguridad internacional en el cumplimiento de los compromisos asumidos». El citado documento establece que la defensa nacional es un elemento primordial de la seguridad nacional y tiene por misión hacer frente a los conflictos armados que se puedan producir como consecuencia tanto de la defensa de los intereses o valores exclusivamente nacionales como de la defensa de intereses y valores compartidos en virtud de nuestra pertenencia a organizaciones internacionales tales como la ONU, la OTAN o la UE, en los que se intervendría conforme a sus tratados constitutivos junto con otros aliados o socios.

En definitiva, sin un aceptable nivel de seguridad, aunque es evidente que en ese ámbito no es posible una seguridad total, el futuro desarrollo de cualquier país que tenga la ambición de considerarse entre los más avanzados del mundo quedará gravemente comprometido. Evidentemente nadie puede garantizar la seguridad total de una sociedad del mismo modo que no se puede garantizar la seguridad total en la vida de las personas. Pero los Estados están obligados a proporcionar las herramientas y los mecanismos para que esa seguridad sea la máxima posible.

2. EL CONCEPTO DE SEGURIDAD NACIONAL

SU EVOLUCIÓN

El concepto teórico de seguridad nacional, tal y como hoy lo conocemos, nació en Estados Unidos tras la Segunda Guerra Mundial. Si bien en el contexto de la Guerra Fría solo se centró en el poder militar de los Estados, siendo además estos los únicos actores, el concepto fue evolucionando paulatinamente y ampliando su ámbito, transformándose en lo que hoy puede considerarse un concepto poliédrico y transversal. Aspectos económicos o medioambientales se consideran hoy también aspectos esenciales de la seguridad de un Estado. En consecuencia, la seguridad nacional agrupa diversas seguridades que se subsumen en ella, ya que una nación necesita para su estabilidad y prosperidad seguridad económica, seguridad

energética, seguridad ambiental y seguridad energética o marítima según el caso.

En el mundo multipolar en el que vivimos y especialmente tras las transformaciones tecnológicas de los últimos veinte años, las amenazas no son solo las tradicionales amenazas militares por parte de otros Estados, que serían por así llamarlos *enemigos convencionales*, sino también los actores no estatales como organizaciones terroristas, el crimen organizado u otras amenazas difusas que proceden del ciberespacio y que pueden amenazar la estabilidad de un país entero. Incluso se podrían comprender en esta misma categoría omnicomprendiva los desastres naturales y accidentes que causan graves daños ambientales, así como las epidemias, la falta de recursos energéticos o el control de la superficie marítima.

No existe una única definición universalmente aceptada de seguridad nacional. Incluso se puede decir que no hay concepto propio de las ciencias sociales que haya sufrido a lo largo de los años más uso y abuso en su utilización que el de seguridad nacional, no quedando nada claros sus perfiles y casi pudiendo otorgarse a cada autor que se ha ocupado del tema la paternidad de una definición distinta de esta. La variedad de definiciones proporciona una visión general de los muchos usos de este concepto. El concepto sigue siendo ambiguo, originado en definiciones más sencillas que inicialmente enfatizaron la libertad de la amenaza militar y la coerción política para luego aumentar en sofisticación e incluir otras formas de seguridad no militar según las circunstancias de la época.

Así, Walter Lippmann, en 1943, la definió señalando que una nación tiene seguridad cuando no tiene que sacrificar sus intereses legítimos para evitar la guerra, y es capaz, si se le provoca, de mantenerlos por la guerra. Lasswell, en cambio, examinó la seguridad nacional desde el aspecto de la coerción externa señalando que el significado de la seguridad nacional había que encontrarlo en la capacidad de ser libre de cualquier dictado extranjero. Wolfers, más tarde, señala que la seguridad nacional significa objetivamente la ausencia de amenazas a los valores centrales de una sociedad, ya que es un símbolo ambiguo que puede significar distintas cosas para diferentes personas. Kennan, en 1948, la definió como la capacidad continuada de un país para proseguir el desarrollo de su vida interna sin interferencia seria o amenaza de interferencia de potencias extranjeras. Harold Brown, secretario de Defensa de los Estados Unidos de 1977 a 1981 durante la presidencia de Carter, amplió la definición de seguridad nacional mediante la inclusión de elementos como la seguridad económica y ambiental.

En este período ya se configura la seguridad nacional como la capacidad de preservar la integridad territorial de una nación así como poder mantener su nivel de desarrollo económico y sus relaciones con el resto del mundo en condiciones favorables. Además, y en cuanto al sistema político como la otra vertiente del concepto, se considera que existe un adecuado nivel de seguridad nacional cuando se puede mantener la naturaleza institucional y legal de un determinado sistema jurídico-político frente a cualquier interferencia procedente del exterior. Más tarde, Paleri definió seguridad nacional como la medición de la capacidad de un Estado para superar las amenazas multidimensionales al bienestar de su población, así como su supervivencia como Estado nación.

EL DÍA QUE LA HISTORIA CAMBIÓ

No obstante, los atentados del 11 de septiembre cambiaron la visión sobre el concepto de seguridad en general para volver a escenarios más geopolíticos de enfrentamiento entre actores de forma multipolar, abandonando así concepciones de la seguridad propias del *soft power* que habían predominado en los enfoques desde la caída del Muro. Ese día de 2001 el mundo cambió su visión, y un nuevo paradigma de seguridad se asentó dejando a un lado enfoques más inclusivos tales como todas las teorías relativas a la seguridad humana amparadas por Naciones Unidas y que ponían el acento en el desarrollo humano social y económico como factor central en la consecución de la paz y la estabilidad en el mundo. Esos felices años noventa del pasado siglo concluyeron con una nueva preocupación; todas las políticas de seguridad se planteaban nuevamente bajo la óptica de la lucha contra el terrorismo .

Desde un punto de vista no solo realista sino liberal cooperativo la seguridad nacional no puede entenderse como algo ajeno o distinto de la seguridad colectiva y sus mecanismos, ya que en el mundo actual las alianzas, pactos y acuerdos contribuyen a mantener la paz internacional y por ello a favorecer la propia seguridad nacional de los Estados. Por tanto, cualquier intento de abordar el concepto con la sola perspectiva nacional está condenado a ser al final incompleto y carente de perspectiva y, por ello, de profundidad.

En definitiva, se puede considerar el moderno concepto de seguridad nacional como un concepto de seguridad ampliado respecto a los anteriores. Alterar el objeto referente de la seguridad tiene un impacto inmediato sobre el modo en que esta puede conseguirse. Desde el prisma tradicional de la

seguridad nacional, si el Estado sigue siendo este objeto referente, los ejércitos y las fuerzas de seguridad son los instrumentos predominantes. Sin embargo, desde el punto de vista de una seguridad ampliada existen otros objetos referentes, como las personas, las sociedades o el propio planeta. Para los que preconizan esta última visión, y teniendo en consideración el conjunto de nuevas amenazas, la seguridad solo puede ser conseguida equilibrando todos los instrumentos de la política del Estado.

3. EL CONCEPTO JURÍDICO DE SEGURIDAD NACIONAL EN ESPAÑA

EL CONCEPTO LEGAL

El concepto legal de seguridad nacional viene determinado y delimitado en la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional. Esta ley vino a cubrir un vacío legal que era necesario llenar una vez que durante 2013 se fueron creando órganos como el Consejo de Seguridad Nacional o se aprobó la propia Estrategia de Seguridad Nacional. Era preciso dotar de cobertura legal a la actuación de estos mecanismos y órganos y era necesario hacerlo por ley.

Según el artículo 3 de LSN, este concepto puede ser definido como: «La acción del Estado dirigida a proteger la libertad, los derechos y bienestar de los ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales, así como a contribuir junto a nuestros socios y aliados a la seguridad internacional en el cumplimiento de los compromisos asumidos».

No obstante, tras esta definición que intenta reducir a una formulación comprensible una realidad jurídica y política compleja, lo que se vislumbra es parte de la esencia misma de lo que se considera la obligación principal de los Estados: la protección de la vida y los derechos de sus ciudadanos. No existe sociedad libre si previamente no se ha garantizado su seguridad.

La seguridad es el elemento central que permite la preservación, la estabilidad y la continuidad del Estado, y como consecuencia el progreso y el bienestar de sus ciudadanos. No en vano, nuestra propia Constitución de 1978 recoge en su preámbulo, en concreto en su primer párrafo, que «la nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y

promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad...».

Ahora bien, ese concepto de seguridad es una categoría jurídica social y política que ha ido variando a través del tiempo, del mismo modo que han evolucionado los valores sociales y las propias amenazas a la seguridad de esas sociedades. En definitiva, se trata de una evolución que ha ido en consonancia con los avances geopolíticos, sociales y tecnológicos, que en los últimos quince años han derivado en realidades que no podrían haber sido ni imaginadas con anterioridad.

EL NUEVO CONTEXTO

Si algo caracteriza a este nuevo contexto es precisamente la pulsión de este mundo globalizado hacia un cambio constante que obliga a revisar periódicamente conceptos, categorías y actuaciones por parte de los Gobiernos. Nuevos actores no estatales, amenazas terroristas globales, cambio climático, energía, la seguridad económica, los retos migratorios, ciberseguridad y otras muchas cuestiones han ido entrando en el ámbito de la seguridad desde otras coordenadas por ser amenazas claras a la seguridad de los Estados. Ello determina otra de las características centrales de este nuevo paradigma que es la constante interrelación entre todas estas materias que inciden como vectores independientes pero interconectados en el valor central de la seguridad.

La defensa desde el origen mismo del Estado ha sido orientada hacia la protección de los Estados frente a las agresiones armadas en conflictos con otros Estados. Este ya no es el único riesgo o amenaza potencial que puede afectar a una sociedad en la actualidad. La defensa debe hacer frente a nuevos retos de naturaleza esencialmente transnacional que se retroalimentan y que son potencialmente peligrosos.

Por ello, la nueva realidad jurídica y política de la seguridad nacional debe ser una herramienta que pueda proteger a los ciudadanos de amenazas proteicas, variables, interconectadas y mutantes en el sentido de que varían sus contornos constantemente. La protección que debe desplegar la seguridad nacional y uno de sus componentes que es la defensa no se ciñe ya solo a la protección del territorio nacional frente a una agresión exterior. A esta misión se añaden otras. Por esta razón también las acciones de los Estados deben ser adoptadas mediante un enfoque multidisciplinar y conjunto. Esa actividad coordinada debe sumar todos los esfuerzos de los distintos actores. Por una parte, las Administraciones Públicas de forma coordinada, una

necesidad especialmente más acuciante en un Estado autonómico como el español, el más descentralizado de Europa, pero también con la incorporación de otros actores del ámbito privado cuando ello sea necesario, como es el caso del ámbito de la ciberseguridad.

Este esfuerzo colectivo en realidad no se trata de una nueva competencia del Estado o una nueva política pública, sino que tal y como ha señalado la STC de 3 de noviembre de 2016, que resuelve el recurso interpuesto por la Generalitat de Cataluña contra la Ley de Seguridad Nacional, de lo que se trata es de concebir la seguridad nacional como un espacio de actuación pública, enfocado a la armonización de objetivos, recursos y políticas ya existentes en materia de seguridad. Por otra parte, siendo clara la competencia estatal tanto en materia de Defensa como en materia de Seguridad Pública no tendría sentido que en un ámbito como la seguridad nacional, tan estrechamente vinculado a ambas hasta el punto de identificarse sus fines y objetivos, la competencia estatal pasara a ser puramente residual.

En definitiva, la seguridad nacional no es una competencia nueva, sino que se integra en las competencias estatales de Defensa y Seguridad Pública. Se trata de dar un enfoque integral a la seguridad, que se convierte en prioridad nacional, que tiene como expresión la formulación e implementación de una política pública de seguridad integradora de distintas materias y ámbitos de actuación. Esas actividades tienen por objeto proteger la libertad, los derechos y el bienestar de los ciudadanos, y garantizar la defensa de España, de sus principios y valores constitucionales, y de la propia Constitución como norma suprema en el marco del Estado democrático de derecho que nace de ella.

4. EL MARCO JURÍDICO DE LA DEFENSA Y LA SEGURIDAD NACIONAL EN ESPAÑA

LA CONSTITUCIÓN

La Constitución es la norma de la que debemos partir. El artículo 8 de la Constitución señala los fines constitucionales de la Defensa Nacional. Así, este artículo establece que:

1. Las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional.

2. Una ley orgánica regulará las bases de la organización militar conforme a los principios de la presente Constitución.

La misión esencial de las Fuerzas Armadas es la defensa última del Estado constitucional. En este caso sería el mecanismo de defensa último del sistema de derechos fundamentales del individuo, y por ello de los principios democráticos, que son los que dotan de legitimación a la existencia misma del Estado. Debe señalarse que el Estado, desde su concepción inicial, es la paz y la seguridad, bienes tan ansiados por el ser humano. Pero no es una paz y seguridad cualquiera, sino la paz de los derechos fundamentales y, por tanto, la paz de la democracia. Por tanto, para ese Estado constitucional, las cuestiones relacionadas con su defensa y seguridad adquieren el más alto rango, ya que ese Estado no puede ser un ente político débil, sino que debe contar en caso de necesidad con los medios adecuados para su seguridad.

El hecho de que la Constitución recoja el término *garantizar* señala con claridad el mandato defensivo militar de preservar la propia existencia del Estado y su capacidad de autodeterminación, lo cual supone una continua preparación y vigilancia de las Fuerzas Armadas, así como una defensa activa frente a las agresiones externas por parte de otros Estados. Es indiferente la forma que adopten esas agresiones, bien sea una agresión física con medios ofensivos, digamos *tradicionales*, o bien sea una agresión de carácter cibernético o informático que ponga en riesgo los bienes constitucionalmente protegidos como la soberanía e independencia de España y su ordenamiento constitucional. Por ello, la ciberdefensa, una nueva forma de guerra y, por tanto, un medio en el cual pueden tener lugar auténticos enfrentamientos militares, es una competencia incluida entre las misiones constitucionales de las Fuerzas Armadas en su vertiente de defensa del Estado contra agresiones llevadas a cabo por las fuerzas armadas de otros Estados. Cambian los medios, cambian las formas de las agresiones y de la defensa frente a ellas, pero la misión constitucional de defender a España y a los españoles sigue siendo la misma.

Esta afirmación también tienen su correlato en la otra cara de la moneda, es decir, del mismo modo cabría inferir que, siguiendo los parámetros de legalidad internacional en los cuales se enmarca por expreso deseo de la Constitución esta capacidad de defensa, solo sería legítima esta defensa en caso de que esas actuaciones no menoscaben o pongan en peligro la paz internacional, ya que según el ordenamiento jurídico español solo cabe acudir a una guerra en supuestos de estricta legítima defensa frente a agresiones exteriores, de conformidad con la Carta de Naciones Unidas. Que-

darían así proscritas acciones militares expansionistas o basadas en puros intereses estatales opuestos a la genérica finalidad de paz entre los Estados. En definitiva, nuestra Constitución acogería una visión anticlausewitziana de la realidad internacional y eminentemente defensiva. No obstante, sí serían posibles acciones que superen la estricta defensa del Estado y la integridad territorial, y que pretendan también la defensa de los diversos intereses estratégicos españoles que tengan que ver con el mantenimiento y defensa del orden internacional, y siempre en el marco de la preservación de la estabilidad internacional o de la participación en un sistema de defensa colectivo.

Por otra parte, para tener una visión de conjunto e integradora de la regulación constitucional de la defensa es necesario acudir al artículo 97 de la Carta Magna. Este artículo determina dentro del Estado qué órgano constitucional de relevancia es el responsable de dirigir la seguridad y defensa del Estado. En este caso, es evidente que el artículo 97 de la Constitución nos indica la responsabilidad del Gobierno de la nación respecto a la dirección de la política interior y exterior y la defensa del Estado. Una responsabilidad que, además, es competencia exclusiva del Gobierno de la nación por lo establecido en el artículo 149.4 de la Constitución, que fija como competencia exclusiva del Estado, la defensa y las Fuerzas Armadas. Más concretamente, el artículo 2.2.f) de la Ley 50/1997 del Gobierno señala que corresponde al presidente del Gobierno la dirección de la política de defensa.

Así el tenor literal de este artículo 97 establece que «El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes».

Esta función de dirección política o del Estado que el Gobierno lleva a cabo junto con otros órganos de naturaleza constitucional se ejerce tanto sobre las Fuerzas Armadas como sobre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Es el Gobierno quien tiene el mando efectivo de la defensa del Estado y también de su seguridad, que corresponde, por tanto, al Poder Ejecutivo. Se establece así con absoluta nitidez la supremacía civil sobre la administración militar y la defensa del Estado. Esta es una actividad jurificada, como no podría ser de otra manera en el Estado de derecho, pero que también ha sido conceptuada como una de las actividades extraordinarias del Estado. Así, se considera que esta función no es legislativa ni administrativa ni jurisdiccional. Se trata de una actividad fáctica que se desarrolla en el marco de las normas internas de los Estados y del derecho internacional.

Por otra parte, en este bloque constitucional regulador de la seguridad y de la Defensa Nacional es necesario referirse al artículo 104 de la Constitución. Este artículo recoge la regulación de la seguridad ciudadana en el marco contexto constitucional.

1. Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.

2. Una ley orgánica determinará las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad.

Este artículo marca los fines de los cuerpos policiales, que son sustancialmente distintos a los señalados en el artículo 8 de las Fuerzas Armadas. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana. El mantenimiento de la seguridad pública o, en términos del artículo 104.1, la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades y la garantía de la seguridad ciudadana constituye un verdadero servicio público cuyo titular es el Estado, tal y como se dispone en el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Dicha competencia exclusiva no obsta para que las comunidades autónomas coadyuven a garantizar la seguridad pública a través de la posibilidad prevista en el propio artículo 149.1.29ª. Así se recoge en la Ley Orgánica 2/1986. Tras declarar, como se ha destacado, que la Seguridad Pública es competencia exclusiva del Estado, añade que las comunidades autónomas y las Corporaciones Locales participarán en el mantenimiento de la Seguridad Pública en los términos establecidos, respectivamente, en sus Estatutos de Autonomía y en la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, todo ello en el marco de lo dispuesto en la propia Ley Orgánica 2/1986. Dada esta situación, la consecuencia lógica para lograr una actuación coherente de los poderes públicos será articular la necesaria coordinación entre las distintas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y que estos ajusten su actuación al principio de cooperación recíproca y coordinación, debiendo prestarse el auxilio necesario en la investigación y persecución de los delitos previstos legalmente.

El principio de coordinación reconocido en el artículo 103.1 de la Constitución como principio rector de las actuaciones de las Administraciones Públicas adquiere especial relevancia e intensidad en el ámbito de la preservación de la seguridad ciudadana. En esta materia se está actuando administrativamente con respecto a los derechos fundamentales y las

libertades públicas de los ciudadanos, es decir, el fin último al que sirve el Estado. Sintetizando, la institución de Seguridad Ciudadana se conforma como bien constitucionalmente protegido, cuyos titulares se concretan, por una parte, en cuanto al sujeto activo, en el Gobierno como sujeto activo primario, y por otra, en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad como sujeto activo secundario; los ciudadanos, en su calidad de participantes en la vida de la comunidad, constituyen el sujeto pasivo.

LA COMPLEJA COORDINACIÓN DE COMPETENCIAS EN EL ESTADO AUTONÓMICO

Un aspecto relevante en este marco constitucional regulador de la seguridad y la defensa es el reparto competencial en nuestro complejo Estado autonómico. A este respecto debe afirmarse con rotundidad la competencia exclusiva del Estado respecto a la defensa del Estado y en cuanto a la protección de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos que se recoge en el artículo 149.1.29. Asimismo, el artículo 149.1.1 también fundamenta esta competencia exclusiva del Estado a la hora de configurar la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales. Se trata de un título habilitante transversal que permite fijar por el Estado unas condiciones básicas comunes a todos los ciudadanos con respecto a los derechos y deberes fundamentales en sí mismos considerados, y no de los sectores materiales en los cuales esos derechos y deberes se insertan. Por ello, el artículo 149.1.1 presta cobertura a la actuación del Estado respecto al establecimiento de las condiciones que guarden estrecha relación con los derechos fundamentales y, en este caso, es evidente que la protección de estos derechos y, en definitiva, dotar de un adecuado nivel de seguridad nacional a los ciudadanos españoles es la tarea más relevante y por ello la más necesaria y obligatoria para cualquier Estado.

LA LEY ORGÁNICA 5/2005, DE 17 DE NOVIEMBRE, DE LA DEFENSA NACIONAL

Por lo que aquí interesa, esta ley (LODN) que da cumplimiento al mandato constitucional del artículo 8.2 por el cual una ley orgánica regulará la organización de la defensa nacional. Es la ley básica que regula en la actualidad la organización de la Defensa Nacional, así como sus misiones. En el texto legislativo se hace referencia constantemente a la seguridad en

el ámbito internacional como un bien a proteger, pero no se hace ninguna referencia como tal a la seguridad nacional en el sentido integrador y totalizador antes descrito. No obstante, ya se observa esa apertura de los fines y el objeto de la defensa que se desarrollará con el paso de los años porque en su artículo 15, que define las misiones de las FAS, se añaden a las ya conocidas del artículo 8 de la Constitución otras tres nuevas misiones que derivan de las atribuidas constitucionalmente. Estas son:

- La actividad de las FAS como instrumento de la acción exterior del Estado y como contribución militar a la seguridad y defensa de España y de sus aliados en el marco de las organizaciones internacionales, en este caso la OTAN principalmente. Y el mantenimiento de la paz, la estabilidad y la ayuda humanitaria.
- La participación de las Fuerzas Armadas para preservar la seguridad y bienestar de los ciudadanos en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas. Esta misión se inscribiría de lleno en lo que más tarde se define como actuación enmarcada en la política pública de seguridad nacional, que permite aunar recursos de todo tipo de forma coordinada para evitar o paliar alguna amenaza contra la vida o derechos de los ciudadanos. Esta es la apoyatura jurídica de la creación de la UME.
- La participación en misiones de evacuación de los residentes españoles en el extranjero cuando circunstancias de inestabilidad en un país pongan en grave riesgo su vida o sus intereses. Se recoge así expresamente una nueva misión que se inscribe en la configuración de una herramienta de acción exterior y al mismo tiempo de protección de los ciudadanos españoles allí donde se encuentren.

LAS NUEVAS MISIONES

Para desarrollar más este principio de actuación de las Administraciones Públicas está el artículo siguiente, el 16, que detalla al máximo todas esas posibles misiones y operaciones que permitirían la participación de las FAS en actuaciones de interés público no estrictamente definidas como defensa nacional desde un punto de vista tradicional, permitiendo así sumar los inmensos recursos materiales y humanos de las FAS al esfuerzo colectivo cuya meta es procurar la defensa de los intereses públicos.

El cumplimiento de las misiones de las Fuerzas Armadas y el desarrollo de su contribución complementaria o subsidiaria de interés público

requiere realizar diferentes tipos de operaciones, tanto en territorio nacional como en el exterior, que pueden conducir a acciones de prevención de conflictos o disuasión, de mantenimiento de la paz, actuaciones en situaciones de crisis y, en su caso, de respuesta a la agresión. En particular, las operaciones pueden consistir en:

a) La vigilancia de los espacios marítimos como contribución a la acción del Estado en la mar, la vigilancia del espacio aéreo y el control del espacio aéreo de soberanía nacional y aquellas otras actividades destinadas a garantizar la soberanía e independencia de España, así como a proteger la vida de su población y sus intereses.

b) La colaboración en operaciones de mantenimiento de la paz y estabilización internacional en aquellas zonas donde se vean afectadas, la reconstrucción de la seguridad y la administración, así como la rehabilitación de un país, región o zona determinada, conforme a los tratados y compromisos establecidos.

c) El apoyo a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la lucha contra el terrorismo y a las instituciones y organismos responsables de los servicios de rescate terrestre, marítimo y aéreo en las tareas de búsqueda y salvamento.

d) La respuesta militar contra agresiones que se realicen utilizando aeronaves con fines terroristas que pongan en peligro la vida de la población y sus intereses. A estos efectos, el Gobierno designará la autoridad nacional responsable, y las Fuerzas Armadas establecerán los procedimientos operativos pertinentes.

e) La colaboración con las diferentes Administraciones Públicas en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas, conforme a lo establecido en la legislación vigente.

f) La participación con otros organismos nacionales e internacionales para preservar la seguridad y el bienestar de los ciudadanos españoles en el extranjero, de conformidad con los criterios de coordinación y de asignación de responsabilidades que se establezcan.

Por lo que aquí interesa nos conformaremos con señalar estos aspectos de la LODN para resaltar que, ya desde su aprobación, la defensa nacional amplía su ámbito saliendo de los tradicionales márgenes de las capacidades militares de defensa del territorio frente a amenazas exteriores para señalar otros ámbitos de actuación que ya hoy tras la regulación de la seguridad nacional en la Ley 36/2015 se consideran propios de esta política pública que aglutina todos los aspectos de la acción del Estado que tengan

que ver con la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos, así como de su bienestar.

LA LEY 36/2015, DE 28 DE SEPTIEMBRE, DE SEGURIDAD NACIONAL

Como ya se ha indicado, proporcionar seguridad a sus ciudadanos es uno de los objetivos principales de la acción pública de cualquier Estado, si no el principal, porque sin seguridad nada es posible; ni la estabilidad de las estructuras políticas y económicas ni los derechos individuales y las libertades públicas. Como afirma la propia exposición de motivos de la Ley (LSN) «La seguridad constituye la base sobre la cual una sociedad puede desarrollarse, preservar su libertad y la prosperidad de sus ciudadanos, y garantizar la estabilidad y buen funcionamiento de sus instituciones».

UN ENFOQUE INTEGRADOR DE LA SEGURIDAD

No obstante, los conceptos y categorías que concebían la seguridad como compartimentos estancos, separados y atribuidos como ámbitos de responsabilidad a distintos departamentos sin aparente conexión entre sí ya no son eficaces. Este enfoque integral ha sido el que ha conducido a que en los últimos años se hayan aprobado por distintos países estrategias de seguridad nacional y se hayan creado órganos y estructuras administrativas para reforzar esa acción coordinada necesaria ante los retos de seguridad que se plantean en las sociedades globales. Ya no es suficiente con la asignación de competencias a las distintas autoridades y Administraciones Públicas. Este modelo se ha demostrado válido hasta ahora y ha permitido hacer frente a las necesidades de seguridad de una sociedad abierta, libre y democrática como la española. Pero en este contexto actual aparece el campo de la seguridad nacional como un espacio de actuación pública nuevo, enfocado a la armonización de objetivos, recursos y políticas ya existentes en materia de seguridad.

Y esta integración es competencia del Estado, como ha señalado la reciente STC de 3 de noviembre de 2016 que falla a favor del Estado en el recurso interpuesto contra esta ley por la Generalitat de Cataluña en relación con distintos aspectos competenciales de la LSN. Se pretende una integración de las actuaciones del Estado, las comunidades autónomas, los entes locales y los órganos constitucionales —en especial las Cortes Generales—, el sector privado y la sociedad civil, cuando sea necesario, con

un objetivo compartido, ya que los desafíos para la seguridad nacional que afectan a la sociedad revisten en ocasiones una elevada complejidad que desborda las fronteras de categorías tradicionales como la defensa, la seguridad pública, la acción exterior y la inteligencia, así como de otras más recientemente incorporadas a la preocupación por la seguridad como el medio ambiente, la energía, los transportes, el ciberespacio y la estabilidad económica, como afirma la exposición de motivos de la citada LSN.

TRANSVERSALIDAD

La noción central que preside esta nueva línea de actuación del Estado es la transversalidad, ya que el superior interés nacional requiere mejorar la coordinación de las diferentes Administraciones Públicas buscando marcos de prevención y respuesta que ayuden a resolver los problemas que plantea una actuación compartimentada, organizando a diversos niveles y de manera integral la acción coordinada de los agentes e instrumentos al servicio de la seguridad nacional. Se trata de una competencia exclusivamente atribuible al Gobierno de la nación, guardián último de la defensa de los intereses generales de todos los ciudadanos con independencia de las competencias atribuibles a otras Administraciones, aunque contando con su participación en este esfuerzo colectivo que es una responsabilidad compartida. Por esta razón los títulos competenciales habilitantes del Estado están recogidos en la ley, en los artículos 149.1.4.^a, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en defensa y Fuerzas Armadas, y 29.^a, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las comunidades autónomas en la forma que se establezca en los respectivos estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica.

Por esta razón, y por la preocupación fundamental del legislador consistente en asegurar la coordinación imprescindible en situaciones de crisis, la LSN establece que los principios que deben presidir las actuaciones en materia de seguridad nacional son, según el artículo 4 de la LSN, los siguientes:

- Unidad de acción,
- anticipación,
- prevención,
- eficiencia,
- sostenibilidad en el uso de los recursos,

- capacidad de resistencia y recuperación,
- coordinación y colaboración.

La Estrategia de Seguridad Nacional, por otra parte, es el marco político estratégico de referencia de la política de seguridad nacional. Contiene el análisis del entorno estratégico, concreta los riesgos y amenazas que afectan a la seguridad de España, define las líneas de acción estratégicas en cada ámbito de actuación y promueve la optimización de los recursos existentes. Se elabora a iniciativa del presidente del Gobierno, quien la somete a la aprobación del Consejo de Ministros, y se revisará cada cinco años o cuando lo aconsejen las circunstancias cambiantes del entorno estratégico. Una vez aprobada, será presentada en las Cortes Generales en los términos previstos en esta ley.

COMPONENTES Y ÁMBITOS DE LA SEGURIDAD NACIONAL

La ley señala como componentes fundamentales de la seguridad nacional en el artículo 9 tres ámbitos:

- La defensa nacional.
- La seguridad pública.
- La acción exterior.

Además, dentro de esta aproximación a la materia se señalan una serie de ámbitos de especial interés de la seguridad nacional en el artículo 10, los cuales constituyen la mejor muestra de esa transversalidad en la materia de seguridad nacional. Son aquellos que requieren una atención específica por resultar básicos para preservar los derechos y libertades, así como el bienestar de los ciudadanos, y para garantizar el suministro de los servicios y recursos esenciales. Estos son entre otros:

- La ciberseguridad.
- La seguridad económica y financiera.
- La seguridad marítima.
- La seguridad del espacio aéreo y ultraterrestre.
- La seguridad energética.
- La seguridad sanitaria.
- La preservación del medio ambiente.

LA ORGANIZACIÓN

Por otra parte, la ley procede a establecer toda una organización administrativa a la que atribuir esa responsabilidad derivada de esta nueva política pública. Así, los órganos competentes serían, según los artículos 12 a 17, los siguientes:

Las Cortes Generales. Con independencia de las funciones que la Constitución y las demás disposiciones legales asignan a las Cortes Generales, les corresponde en este nuevo esquema debatir las líneas generales de la política de seguridad nacional, a cuyos efectos el Gobierno presentará a estas, para su conocimiento y debate, la Estrategia de Seguridad Nacional, así como las iniciativas y planes correspondientes. En este sentido, la ESN se instituye así como el documento marco central que deberá guiar la actuación del Ejecutivo y de todas las demás Administraciones Públicas en esta materia durante su período de vigencia.

Esta participación de las Cortes Generales se llevará a cabo mediante una Comisión Mixta Congreso-Senado de Seguridad Nacional, siguiendo para ello lo dispuesto en los reglamentos de las cámaras, con el fin de que las cámaras tengan la participación adecuada en los ámbitos de la seguridad nacional y dispongan de la más amplia información sobre las iniciativas en el marco de la política de seguridad nacional. En el seno de esta comisión mixta comparecerá anualmente el Gobierno, a través del representante que designe, para informar sobre la evolución de la seguridad nacional en dicho período de referencia. El cumplimiento de este mandato del artículo 13 de la ley se ha llevado a cabo con la constitución de la citada comisión el pasado 16 de noviembre de 2016.

Su creación se llevó a cabo mediante Resolución de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, reunidas en sesión conjunta, el 17 de febrero de 2016. La composición actual, según determina la Resolución de las Mesas del Congreso y del Senado adoptada en reunión conjunta el 27 y 28 de septiembre de 2016, está formada por treinta y siete miembros, de los que ocho diputados y nueve senadores fueron designados por el Grupo Popular; cinco diputados y cuatro senadores por el Grupo Socialista; tres diputados y dos senadores por el Grupo Confederado de Unidos Podemos-En Comú Podem En Marea; dos diputados por el Grupo Parlamentario Ciudadanos; un diputado por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana; un diputado por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV), y un senador por el Grupo Mixto.

En el seno de esta comisión mixta comparecerá anualmente el Gobierno para la presentación del Informe Anual de Seguridad Nacional, cuya

aprobación corresponde al Consejo de Seguridad Nacional. Así, se produjo la comparecencia del director del Gabinete del presidente del Gobierno y secretario del Consejo de Seguridad, acordada por la citada comisión, para presentar, al amparo del apartado 2 del artículo 13 de la Ley 36/2015 de 28 de septiembre de Seguridad Nacional, el Informe Anual de Seguridad Nacional 2015 y el Informe Anual de Seguridad Nacional 2016. Dicho trámite se sustanció en sesión de la Comisión del pasado 21 de febrero de 2017.

La comisión mixta está llamada a convertirse en foro parlamentario de debate de todas las cuestiones relacionadas con la seguridad nacional y a ser espacio de encuentro entre las distintas fuerzas políticas con el objeto de acordar políticas de Estado en relación con esta materia. No obstante, su principal función constitucional será la de controlar la actuación del Gobierno.

Por tanto, las competencias de esta comisión mixta concretamente descritas según la ley y sin perjuicio de las generalmente atribuidas a cualquier comisión parlamentaria según los reglamentos de las Cámaras son:

- La comparecencia anual del Gobierno para informar sobre la evolución de la seguridad nacional a través del representante que designe para informar sobre la evolución de la seguridad nacional en dicho período de referencia.
- La presentación de la Estrategia de Seguridad Nacional y sus revisiones.

El Gobierno de la nación es sin duda el órgano central que determina la política de seguridad nacional y asegura su ejecución. Como establece la LSN, el Gobierno aprueba la Estrategia de Seguridad Nacional, y efectúa la declaración de recursos de interés para la seguridad nacional. Es el presidente del Gobierno el responsable de dirigir la política de seguridad nacional y el Sistema de Seguridad Nacional. A él le corresponde proponer la Estrategia de Seguridad Nacional y sus revisiones, así como proceder a declarar la situación de interés para la seguridad nacional. Con esta atribución de funciones el legislador ha querido dotar a la dirección de la Seguridad Nacional del máximo nivel institucional posible, ya que ninguna otra figura dentro de la Administración General del Estado encarna mejor esa visión como política de Estado de la máxima relevancia que la LSN quiere hacer valer como objetivo final.

Por otra parte, los ministros ejecutarán la política de seguridad nacional en sus respectivos ámbitos de competencias según la materia siguiendo

el esquema general establecido en el artículo 4 de la Ley 50/1997 de 27 de noviembre del Gobierno, el cual dispone que:

«Los ministros, como titulares de sus departamentos, tienen competencia y responsabilidad en la esfera específica de su actuación, y les corresponde el desarrollo de la acción del Gobierno en el ámbito de su departamento, de conformidad con los acuerdos adoptados en Consejo de Ministros o con las directrices del presidente del Gobierno. Además, a ellos les corresponde ejercer la potestad reglamentaria en las materias propias de su departamento».

EL CONSEJO DE SEGURIDAD NACIONAL

Mención específica merece la creación del Consejo de Seguridad Nacional en el artículo 17 de la LSN, el cual asistirá al presidente del Gobierno en la dirección de la política de seguridad nacional y del Sistema de Seguridad Nacional. Actúa como Comisión Delegada del Gobierno para la Seguridad Nacional. Se le atribuyen, entre otras, las siguientes funciones: dictar directrices en materia de planificación y coordinación de la política de seguridad nacional; dirigir y coordinar las actuaciones de gestión de situaciones de crisis; supervisar y coordinar el Sistema de Seguridad Nacional; verificar el grado de cumplimiento de la Estrategia de Seguridad Nacional; promover e impulsar la elaboración de estrategias de segundo nivel y aprobarlas en su caso, y aprobar el Informe Anual de Seguridad Nacional antes de su presentación en las Cortes Generales.

La composición del Consejo de Seguridad Nacional refleja la relevancia de la materia de la que se ocupa, y la diversidad de agentes y de intereses que se encuentran implicados. Su composición es la siguiente:

- El presidente del Gobierno, que lo presidirá, excepto cuando S. M. el rey asista a sus reuniones, en cuyo caso le corresponderá presidirlo. Además, se debe tener en cuenta que, conforme establece la disposición adicional tercera del propio real decreto antes citado, con carácter general, en caso de ausencia, vacante o enfermedad del presidente de la Comisión Delegada correspondiente, la presidencia será asumida por la vicepresidenta del Gobierno y ministra de la Presidencia.
- La vicepresidenta del Gobierno y ministra de la Presidencia.

- Los ministros de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de Defensa, de Hacienda y Administraciones Públicas, del Interior, de Fomento, de Industria, Energía y Turismo, y de Economía y Competitividad.
- El director del Gabinete de la Presidencia del Gobierno, que hará las funciones de secretario; el secretario de Estado de Asuntos Exteriores; el jefe de Estado Mayor de la Defensa; el secretario de Estado de Seguridad y el secretario de Estado y director del Centro Nacional de Inteligencia, y el director adjunto del Gabinete de la Presidencia del Gobierno y responsable del Departamento de Seguridad Nacional.

Por otra parte, se señala que este órgano podrá, en su caso, celebrar sus reuniones sin convocar a todos sus miembros, pudiendo, para un adecuado ejercicio de sus funciones, y a decisión del presidente del Gobierno, convocar únicamente a los miembros con competencias más directamente relacionadas con los temas a tratar en el orden del día.

LOS COMITÉS ESPECIALIZADOS

Se es consciente de la dificultad de abarcar todo el ámbito de la seguridad mediante la actividad de un solo órgano, siendo necesaria la especialización en algunas materias que por su relevancia merecen una atención especial. Por ello, el Real Decreto 1886/2011, de 30 de diciembre, por el que se establecen las Comisiones Delegadas del Gobierno, tras la reforma en 2013, contempla la creación por iniciativa del CSN, de comités especializados como órganos de apoyo en los ámbitos de actuación identificados en la ESN, o cuando circunstancias propias de la gestión de crisis lo exijan. La creación, composición y funciones de estos comités serán especificadas en las disposiciones que los regulen.

Esta es la razón por la cual se han ido creando desde 2013 comités especializados, órganos nacidos en el seno del CSN, que emanan de él, y que están por tanto subordinados en los trabajos que realicen a las directrices que marque este último. Hasta el momento se han creado:

- El Consejo Nacional de Ciberseguridad, que hace las funciones de comité especializado en materia de ciberseguridad, con el objeto de llevar a cabo relaciones de coordinación, colaboración y cooperación entre las distintas Administraciones Públicas con competencias en materia de ciberseguridad, así como entre los sectores públicos y privados, y facilitar la toma de decisiones del propio consejo me-

diante el análisis, estudio y propuesta de iniciativas tanto en el ámbito nacional como en el internacional.

- El Comité Especializado de Seguridad Marítima, cuya función consiste en reforzar las relaciones de coordinación, colaboración y cooperación entre las distintas Administraciones Públicas con competencias en materia de seguridad marítima, así como entre los sectores públicos y privados, y facilitar la toma de decisiones del propio consejo mediante el análisis, estudio y propuesta de iniciativas tanto en el ámbito nacional como en el internacional.
- El Comité Especializado de Inmigración, cuya función es reforzar a nivel político y estratégico los esfuerzos del conjunto de las Administraciones Públicas y demás actores implicados para atender el fenómeno de la inmigración con un enfoque omnicompreensivo en el que la dimensión de la seguridad sea abordada de manera que, entre otros objetivos, favorezca la promoción de la plena integración de los extranjeros en la sociedad española.
- El Comité Especializado de Situación es convocado por el presidente del Gobierno y apoya al Consejo de Seguridad Nacional en su función de dirigir y coordinar las actuaciones de gestión de situaciones de crisis, así como en las demás funciones del consejo, reforzando la actuación coordinada del conjunto de autoridades de las distintas Administraciones Públicas implicadas con competencias en materia de gestión de crisis, con visión anticipatoria y de respuesta integral.
- El Comité de Seguridad Energética tiene entre sus funciones fomentar las relaciones de coordinación, colaboración y cooperación entre las distintas Administraciones Públicas con competencias en el ámbito de la seguridad energética, así como entre los sectores público y privado. En este sentido, incentivará la participación de la sociedad civil cuando su contribución sea relevante y con el objetivo de edificar una cultura de seguridad energética.

Un aspecto muy relevante de la configuración del CSN como comisión delegada del Gobierno es que la propia Ley 50/1997, del Gobierno, faculta al Consejo de Ministros para delegar el ejercicio de funciones de carácter administrativo propias en favor de las comisiones delegadas. Esto supone, *de facto*, la posibilidad del ejercicio de importantísimas funciones administrativas propias del Consejo de Ministros por parte de estos órganos. De entre estas funciones delegables hay que señalar la capacidad para delegar en las comisiones delegadas desde el Consejo de Ministros la potestad contemplada en el artículo 5.1.j) de la ley antes citada, referida a «adoptar

programas, planes y directrices vinculantes para todos los órganos de la Administración General del Estado». Tiene relevancia referirse a esta posibilidad, ya que es la norma que amparó la adopción por parte del Consejo de Seguridad Nacional de la Estrategia de Ciberseguridad Nacional, que fue aprobada el 5 de diciembre de 2013 por el CSN, al mismo tiempo que fue aprobada también en la misma reunión y por el mismo órgano la Estrategia de Seguridad Marítima, en ambos casos antes de que fuese aprobada la propia LSN.

En conclusión, el artículo 3 del Real Decreto 1886/2011, de 30 de diciembre, por el que se establecen las comisiones delegadas del Gobierno, tras la reforma en 2013, supone la creación y al mismo tiempo la regulación del régimen de funcionamiento de este CSN, que se convierte así en el máximo órgano coordinador de la acción del Gobierno en materia de seguridad nacional. Por tanto, el órgano de cabecera del Sistema de Seguridad Nacional, está formado por este consejo y los comités especializados según materia que se vayan constituyendo. Este artículo 3, que regula *in extenso* por comparación con la regulación de las demás comisiones delegadas el régimen jurídico de este CSN, supone de hecho un marco regulador concreto y detallado que permite al órgano en cuestión desarrollar sus funciones y ejercer sus competencias, las cuales aparecen bien delimitadas.

Debe señalarse, además, que conforme a lo que establece el artículo 6 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de organización, competencia y funcionamiento del Gobierno, las deliberaciones en el seno de estos órganos tienen el carácter de secretas, lo cual es especialmente conveniente para el debate y discusión en una materia tan sensible para el interés nacional como es la seguridad nacional.

Por otra parte, debe señalarse que además de las funciones antes citadas el CSN posee las genéricas de cualquier comisión delegada del Gobierno. Estas funciones genéricas, que se recogen en el artículo 6.4 de la Ley 50/1997, del Gobierno, como comunes a todas las comisiones delegadas son:

- a) Examinar las cuestiones de carácter general que tengan relación con varios de los departamentos ministeriales que integren la comisión.
- b) Estudiar aquellos asuntos que, afectando a varios ministerios, requieran la elaboración de una propuesta conjunta previa a su resolución por el Consejo de Ministros.
- c) Resolver los asuntos que, afectando a más de un ministerio, no requieran ser elevados al Consejo de Ministros.
- d) Ejercer cualquier otra atribución que les confiera el ordenamiento jurídico o que les delegue el Consejo de Ministros.

En teoría, los acuerdos y decisiones del CSN adoptarán la forma de orden ministerial. Esto supone que un documento de carácter tan relevante como la Estrategia de Seguridad Nacional debería haber sido aprobado por el CSN como una orden ministerial de la ministra de la Presidencia, aunque en realidad no se siguió esta fórmula. Ello es difícilmente justificable, dado que la norma fija con claridad cuál es el modo de nacer en el mundo jurídico de esta ESN como acuerdo emanado de una comisión delegada del Gobierno. Además, la adopción de la forma jurídica de orden ministerial tiene otro efecto muy positivo, su pertenencia formal al conjunto de normas jurídicas que obligan a la Administración del Estado, y por otra parte, su publicación en el BOE, con las garantías que ello supone para la seguridad jurídica y, sobre todo, para el general conocimiento en una materia como esta, en la cual se pretende generar el mayor conocimiento. Ello, además, posibilita la incorporación de las disposiciones emanadas de las comisiones delegadas del Gobierno en el esquema de garantías jurisdiccionales que pone a disposición de los interesados. Así, la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, establece en su artículo 12.a) que es la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo la que conocerá en única instancia los recursos interpuestos contra los actos y disposiciones de las comisiones delegadas del Gobierno.

EL CONSEJO DE DEFENSA NACIONAL

Por último, cabe señalar respecto a este órgano que la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de defensa nacional, regula el Consejo de Defensa Nacional como órgano colegiado, coordinador, asesor y consultivo del presidente del Gobierno en materia de defensa. Este es un órgano muy relevante, ya que en caso de conflicto armado y en la gestión de las situaciones de crisis que afecten a la defensa asistirá al presidente del Gobierno. Esto ya plantea un primer supuesto de necesidad de deslindar competencialmente las funciones de este consejo respecto de las funciones del Consejo de Seguridad Nacional, en el hipotético caso de que una agresión contra España sea calificada como de operación militar, o que la reacción de las Fuerzas Armadas españolas ante una hipotética agresión exterior sea, asimismo, objeto de la calificación de operación militar.

Entre sus funciones, reguladas por la Ley Orgánica de Defensa Nacional 5/2005, están la asistencia al presidente del Gobierno en la dirección de los conflictos armados y en la gestión de las situaciones de crisis que afecten a la defensa, así como asesorarlo en la actuación de las Fuerzas

Armadas en el ámbito nacional e internacional. También emitirá informes sobre las grandes directrices de la política de defensa y ofrecerá al Gobierno propuestas sobre asuntos relacionados con esta.

El Consejo de Defensa Nacional está formado por el presidente del Gobierno, los vicepresidentes, los ministros de Defensa, del Interior, de Asuntos Exteriores y Cooperación, y de Economía y Hacienda. Además del jefe del Estado Mayor de la Defensa, los jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, Ejército del Aire, de la Armada, el director general del Centro Nacional de Inteligencia y el director del Gabinete de la Presidencia del Gobierno.

Por su parte, el Consejo Ejecutivo estará compuesto por el presidente del Gobierno, los ministros de Defensa e Interior, y de Asuntos Exteriores y Cooperación, el jefe del Estado Mayor de la Defensa, el director del CNI y el director del Gabinete de la Presidencia del Gobierno. Para poder ejercer sus funciones, el Consejo Ejecutivo contará con la Comisión Interministerial de Defensa, adscrita al departamento, como órgano de trabajo permanente que se encarga de la ejecución de los acuerdos adoptados por el Consejo de Defensa Nacional y el estudio y propuesta de temas a ser considerados por este. El Real Decreto 1310/2007, de 5 de octubre, reguló el funcionamiento del Consejo de Defensa Nacional y la composición y funciones de la Comisión Interministerial de Defensa.

En cuanto a la relación de competencia entre el Consejo de Seguridad Nacional y el Consejo de Defensa Nacional debe señalarse que en caso de crisis es el primero el competente, salvo en caso de conflicto armado y durante el estado de sitio, situaciones en las cuales el competente será el Consejo de Defensa Nacional, según se deduce del artículo 25 de la LSN.

5. EL SISTEMA DE SEGURIDAD NACIONAL

Todos estos órganos conforman lo que la ley denomina el Sistema de Seguridad Nacional. Se define el Sistema de Seguridad Nacional como el conjunto de órganos, recursos y procedimientos que permite a los órganos competentes en materia de seguridad nacional ejercer sus funciones. Le corresponde evaluar factores y situaciones que puedan afectar a la seguridad nacional, proporcionar información y medidas sobre planificación y coordinación, garantizando la disponibilidad y el funcionamiento de los recursos del sistema. Componen el Sistema de Seguridad Nacional el presidente del Gobierno, que lo dirigirá asistido por el Consejo de Seguridad Nacional, el Departamento de Seguridad Nacional y los órganos de apoyo del Consejo de Seguridad Nacional.

LA GESTIÓN DE CRISIS

Capítulo aparte merece como pieza central de este diseño establecido en la LSN la gestión de crisis. Se define la gestión de crisis como el conjunto de actuaciones dirigidas a detectar los riesgos y amenazas para la seguridad nacional, facilitar la toma de decisiones y asegurar una respuesta óptima de los recursos del Estado. Se activará en la situación de interés para la seguridad nacional y servirá para la gestión de los estados de alarma y excepción.

Consecuencia directa de lo anterior es la creación de una nueva figura administrativa en nuestro ordenamiento que se contemplada en el artículo 23, la denominada *situación de interés para la seguridad nacional*. Se define como aquella en la que, por la gravedad efectiva o potencial de sus efectos, requiere de la coordinación reforzada de las autoridades competentes, bajo la dirección del Gobierno y en el marco del Sistema de la Seguridad Social. Se afrontará con los poderes y medios ordinarios sin que en ningún caso suponga la suspensión de los derechos fundamentales y libertades públicas prevista para la declaración de los estados de excepción y sitio. Será declarada por el presidente del Gobierno mediante real decreto que incluirá necesariamente la definición de la crisis, el ámbito geográfico del territorio afectado, así como la duración y, en su caso, su posible prórroga. Necesariamente supondrá, como en toda situación de crisis extraordinaria, la concentración del poder en una sola instancia de decisión que supondrá el nombramiento, en su caso, de una autoridad funcional y la determinación de sus competencias para dirigir y coordinar la crisis.

Además, se impone al Gobierno el deber de informar al Congreso de los Diputados de las medidas adoptadas y de la evolución de la situación de interés para la seguridad nacional. Esta comparecencia para dar cuentas y, por tanto, someter a control al Gobierno, aunque nada dicen los reglamentos de Congreso y Senado, es lógico que se desarrolle ante la Comisión Mixta de Seguridad Nacional convocada al efecto a la mayor brevedad. Se trata pues de una nueva figura que no se incluye dentro del derecho de excepción derivado de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio. Se trata de una concentración de facultades que según el TC está plenamente justificada y amparada por la Constitución en cuanto al reparto y ejercicio de competencias por parte de las comunidades autónomas.

Así, la STC 184/2016, de 3 de noviembre de 2016, ha señalado que esta situación de interés para la seguridad nacional no es sino una manifestación del sistema de coordinación reforzada que se pretende lograr,

dirigido a conseguir la acción conjunta de las autoridades en la gestión de una situación de crisis especialmente relevante y en el ejercicio de sus respectivas competencias. Se señala que no se vulneran las competencias autonómicas sobre protección civil o seguridad pública puesto que, tal y como la situación de interés para la seguridad nacional aparece configurada, estas competencias siguen siendo ejercitadas por las comunidades autónomas con sus propios recursos, si bien en el marco de una situación de mayor coordinación, justificada por la envergadura y relevancia de la crisis que debe afrontarse, se exige una movilización unitaria de los medios disponibles.

Concluye el TC afirmando que la Ley 36/2015 configura la situación de interés para la seguridad nacional como un mecanismo de coordinación reforzada en el desempeño por cada Administración de sus atribuciones ordinarias, por lo que no altera el marco competencial.

No obstante, a los efectos de determinar el marco jurídico de la seguridad nacional hay que atender a dos documentos de excepcional relevancia en este ámbito y cuya calificación jurídica no siempre es clara: la Estrategia de Seguridad Nacional y la Directiva de Defensa Nacional.

La Estrategia de Seguridad Nacional es definida en el artículo 4.3 de la LSN como el marco político estratégico de referencia de la política de seguridad nacional. Contiene el análisis del entorno estratégico, concreta los riesgos y amenazas que afectan a la seguridad de España, define las líneas de acción estratégicas en cada ámbito de actuación y promueve la optimización de los recursos existentes. Se elabora a iniciativa del presidente del Gobierno, quien la somete a la aprobación del Consejo de Ministros, y se revisará cada cinco años o cuando lo aconsejen las circunstancias cambiantes del entorno estratégico. Una vez aprobada, será presentada en las Cortes Generales en los términos previstos en esta ley.

No obstante, a los efectos de determinar el marco jurídico de defensa hay que atender a la Directiva de Defensa Nacional de 2012 en vigor, aprobada en julio de ese año, la cual permite conocer cuáles van a ser los objetivos del Gobierno en el marco de la política de defensa. Está definida en la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, en concreto en el artículo 6.3.a) como una competencia del presidente del Gobierno en cuanto a su formulación, señalando que es el documento en el cual se establecerán las líneas generales de la política de defensa y las directrices para su desarrollo.

Por otra parte, la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de Defensa Nacional, regula el Consejo de Defensa Nacional como órgano colegiado, coordinador, asesor y consultivo del presidente del Gobierno en

materia de defensa. Este es un órgano muy relevante, ya que en caso de conflicto armado y en la gestión de las situaciones de crisis que afecten a la defensa, asistirá al presidente del Gobierno. Esto ya plantea un primer supuesto de necesidad de deslindar competencialmente las funciones de este consejo respecto de las funciones del Consejo de Seguridad Nacional en el hipotético caso de que una agresión contra España sea calificada como de operación militar, o que la reacción de las Fuerzas Armadas españolas ante una hipotética agresión exterior sea, así mismo, objeto de la calificación de operación militar. La actualmente en vigor fue aprobada en julio de 2012 y permite conocer cuáles van a ser los objetivos del Gobierno en el marco de la política de defensa.

Se ha planteado por la doctrina si estas disposiciones tienen o no carácter normativo, es decir, si tiene fuerza jurídica de obligar a los órganos administrativos o por el contrario, tiene un mero valor programático o político. Lo mismo se plantea respecto a los demás documentos que conforman la política de seguridad nacional, como la Estrategia de Ciberseguridad Nacional (ECN) aprobada en 2013. En nuestra opinión estos documentos contienen notas que permiten hablar de su valor jurídico y no solo político.

Si se atiende a la obligatoriedad, tienen valor jurídico, y por ello están dotadas de fuerza de obligar desde el punto de vista interno de las Administraciones Públicas y de los sujetos obligados a llevar a cabo sus mandatos. Es cierto que todos estos documentos son de carácter orientador, fijan directrices generales, pero también contienen obligaciones concretas y mandatos a los poderes públicos a los que se dirigen. Por ello, estos documentos, que podrían ser calificados de normas internas, se incluirían en el concepto de disposiciones dictadas por la autoridad administrativa, en este caso el presidente del Gobierno, con el fin genérico de dirigir la actividad de los órganos y funcionarios. Son disposiciones de alcance y eficacia restringidos al ámbito interno de la organización administrativa, aunque puedan contener alguna mención a la colaboración con otras instituciones o personas ajenas al sector público. Estas instrucciones internas se fundamentan en el poder jerárquico de los niveles superiores, y podrían tener tres caracteres según la finalidad que persigan: carácter informativo, mediante las cuales los superiores transmiten a los inferiores datos de hecho u opiniones o recomendaciones de algún tipo, siendo esta una técnica sutil de dirección; carácter directivo, que impone a los inferiores objetivos a lograr, y por último carácter preceptivo, es decir, que indiquen líneas concretas de actuación en un momento determinado.

Está claro que los documentos de los que ahora nos ocupamos cumplirían con los dos primeros caracteres, ya que tienen un claro carácter

informativo y directivo. Se puede considerar a estas normas internas como auténticas normas jurídicas; no en sentido estricto, dado que carecen de los rasgos característicos de estas, sino normas internas que poseen eficacia jurídica, ya que gozan de eficacia constitutiva y habilitante, aunque no parece que puedan servir para ser parámetros vinculantes para el control de legalidad de los actos que se dicten en aplicación de estas normas internas. Debe tenerse en cuenta que la organización de la Administración no es algo ajeno al derecho, sino justamente el origen mismo de la actuación administrativa, y por ello de lo jurídico, ya que en un Estado de derecho, con pleno sometimiento a la ley y al derecho de la actividad de la Administración tal y como establece el artículo 103 de la Constitución no cabe que la actividad de este se lleve a cabo al margen del ámbito de lo jurídico.

6. LA DEFENSA NACIONAL EN LA LEY DE SEGURIDAD NACIONAL

El artículo 9 de la LSN considera a la defensa nacional como uno de los componentes fundamentales de la seguridad nacional, junto con la seguridad pública y la acción exterior, que se regulan por su normativa específica. Para poder comprender este concepto de defensa nacional es necesario acudir a la LO 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, cuyo artículo 2 la define como

«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 esta 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».

En el marco de la Estrategia de Seguridad Nacional, la defensa nacional se plantea como garantía frente a los conflictos armados que se puedan producir como consecuencia tanto de la defensa de los intereses o valores exclusivamente nacionales como de la defensa de intereses y valores compartidos en virtud de nuestra pertenencia a organizaciones internacionales tales como la ONU, la OTAN o la UE, en cuyo caso se intervendría conforme a sus tratados constitutivos junto con otros aliados o socios.

Las líneas de acción estratégica que propone para alcanzar este objetivo son las siguientes:

- Provisión de capacidades militares que permitan el cumplimiento de las misiones asignadas y un nivel de disuasión creíble. En todo caso, la defensa nacional mantendrá las capacidades necesarias para reaccionar y neutralizar cualquier riesgo o amenaza de orden militar.
- Mantenimiento del compromiso de España con el sistema de seguridad colectiva, sobre la base de la integración en las organizaciones internacionales y mediante la activa participación en operaciones en el exterior, que se conjugará con la defensa de los intereses nacionales. Se llevarán a cabo actuaciones que contribuyan a la acción exterior del Estado y a la posición internacional de España.
- Mantenimiento por parte de las Fuerzas Armadas del esfuerzo de adaptación a las nuevas realidades y retos mediante un proceso de transformación continua que permita un uso eficiente de los recursos y dedique especial atención a las personas.
- Adecuación del esfuerzo de adaptación a la actual situación de crisis económica. Se compartirán capacidades con nuestros aliados, en el ámbito de las organizaciones internacionales de seguridad, sin afectar al cumplimiento de las misiones asignadas.
- Fomento de la conciencia y cultura de defensa, pilares del apoyo de la sociedad española a la defensa nacional, prestando especial atención a la juventud.
- Fortalecimiento del tejido industrial español de Defensa mediante las acciones de fomento, proyección y colaboración con las capacidades nacionales que, salvaguardadas las necesidades operativas propias, se estimen necesarias. Se potenciarán los vínculos entre los actores que conforman la arquitectura óptima en esta materia (Industria, Universidad y Defensa).

Ahora bien, es cuando se desciende al detalle de los ámbitos que señala la ley como de interés para la Seguridad Nacional cuando se puede comprender en toda su extensión la relevancia que a política de defensa nacional le otorga la LSN. Esta ley señala la defensa nacional, la seguridad marítima y la seguridad aérea como ámbitos de especial interés en su artículo 10. Y a este respecto es evidente la preponderancia de las Fuerzas Armadas a la hora de asegurar la proyección del poder del Estado y de la protección de los intereses nacionales españoles en dos ámbitos tan específicos como el medio marítimo y aéreo. Son las Fuerzas Armadas casi las únicas entida-

des estatales en condiciones de vigilar y mantener la seguridad en ambos dominios, el aéreo y el marítimo, recayendo sobre ellas el grueso de las tareas enmarcadas en contexto de Seguridad Nacional, tanto por competencias como por medios materiales y humanos. Lo mismo se puede decir respecto a todas aquellas operaciones que supongan proyectar la acción del Estado en el exterior en misiones que contribuyan a la seguridad mundial y en algunos contextos en misiones que supongan proyección de la fuerza con el objeto de proteger ciudadanos e interés españoles fuera de nuestras fronteras. El rol que juegan las FAS en estos escenarios es absolutamente preponderante respecto a otros mecanismos de actuación del Estado.

Por todo lo anterior, la defensa nacional en el nuevo esquema establecido por la Estrategia de Seguridad Nacional se subsume en ese concepto más amplio de Seguridad Nacional, como por otra parte ya se establecía en la Directiva de Defensa Nacional de 2008. Esta delimitó que «la Directiva de Defensa Nacional se debe enmarcar en una Estrategia de Seguridad Nacional», que integre bajo el liderazgo del presidente del Gobierno las distintas políticas sectoriales, con un enfoque más amplio e integral. Como es bien sabido, en 2011 se aprobó esa primera Estrategia Española de Seguridad.

A este respecto debe señalarse que se ha producido una evolución en el ámbito de extensión de los conceptos de seguridad nacional y de defensa nacional que se refleja en la evolución de las sucesivas directivas de defensa nacional. Así, se puede decir que las primeras directivas de defensa respondían a un concepto de defensa que se ha ido perdiendo con el tiempo. La defensa nacional era concebida con su contenido constitucional tradicional correspondiente a una situación de guerra en la que la necesidad de coordinar todos los recursos subordinaba el resto de las políticas a las de Defensa. A medida que el concepto de seguridad se fue ampliando, y la dimensión militar ya no era la dominante, perdió sentido que la política de Defensa siguiera liderando al resto de políticas implicadas en materias tales como el terrorismo, la proliferación de armamento o incluso el crimen organizado, a pesar de que son actividades que no se pueden combatir eficazmente desde la Defensa.

Y es que las sucesivas directivas de defensa nacional estaban cubriendo, con la mejor de las intenciones posibles, un vacío que no acababa de llenar una inexistente estrategia o directiva de Seguridad Nacional, con lo cual y de forma inevitable se producía un predominio de la cultura de Defensa sobre el resto de los vectores implicados. La Directiva de 2008 ya introdujo en concepto de seguridad nacional y empezó a limitar el ámbito de la directiva al ámbito estrictamente de la Defensa, y la Directiva de

2012 ya introdujo la noción de una seguridad nacional como noción amplia frente a un enorme elenco de posibles actores nuevos y amenazas recientes que exceden con mucho el ámbito tradicional de la Defensa. La propia directiva certifica la necesidad del paso de página hacia una nueva etapa de Seguridad Nacional.

Por esa razón, la Estrategia de Seguridad Nacional actualmente en vigor aprobada en 2013 define la misión de la defensa nacional como:

«Hacer frente a los conflictos armados que se puedan producir como consecuencia tanto de la defensa de los intereses o valores exclusivamente nacionales —en los que se intervendría de manera individual— como de la defensa de intereses y valores compartidos en virtud de nuestra pertenencia a organizaciones internacionales tales como la ONU, la OTAN o la UE en los que se intervendría conforme a sus tratados constitutivos junto con otros aliados o socios».

No obstante, es cierto que en todos los documentos que hasta ahora se han citado se aprecia una cierta confusión de conceptos que deberían diferenciarse con claridad si queremos tener un panorama teórico despejado que permita acciones concretas eficaces y eficientes. Los términos *Seguridad* y *Defensa* suelen utilizarse últimamente juntos sin reparar en que no son complementarios, sino que el primero es la finalidad a conseguir y el segundo, el conjunto de instrumentos, medidas y acciones para garantizarla. Con este enfoque de utilización conjunta se pretende crear un concepto más amplio y moderno. En este sentido parece más preciso conceptualmente entender que, como ya decía la Doctrina del Ejército de Tierra (DO1-001) del año 2003, «La Seguridad se define como el estado deseado por una sociedad, en el que pueda desarrollarse y prosperar libre de amenazas», mientras que «La Defensa es la adopción práctica de medidas conducentes a mantener la seguridad deseada». Esta es la diferencia que permite al mismo tiempo entender la Defensa Nacional no como el objetivo, sino como el medio un medio consistente en disponer, integrar y coordinar de todos los medios, potencialidades y energías de la nación ante cualquier amenaza inminente o agresión efectiva.

En todo caso, y dejando ya a un lado la cuestión de deslinde entre ambas materias, lo cierto es que la seguridad nacional y la defensa nacional, deben considerarse como políticas de Estado. Esto es, unas políticas que han de garantizar la continuidad de sus líneas de actuación y que deben ser respaldadas por el mayor consenso político posible. Y unidas a ambas políticas es irrenunciable ligar su desarrollo a la construcción de una política

de acción exterior del Estado, ya que las cuestiones relativas a la distinción entre seguridad interior y exterior son cosa del pasado. Hoy ya no es posible semejante separación porque la propia realidad impide distinguir las amenazas que acechan a nuestras sociedades siendo esto especialmente cierto con respecto a los llamados *conflictos asimétricos* o en los casos de las denominadas *guerras híbridas*.

7. CONCLUSIONES

Se puede decir sin lugar a dudas que el mundo está cambiando a una gran velocidad. Esta sensación que puede haber sido compartida por los seres humanos en otras épocas, en la nuestra es una realidad incontestable que cabalga a lomos del cambio tecnológico, la economía digital y los consiguientes cambios sociales; estamos viviendo sin exagerar una cuarta revolución industrial y un cambio de paradigma. Este contexto incierto que se agrava con la complejidad del entorno geopolítico en los últimos años, hace que estemos viviendo el inicio, según algunos, de una etapa civilizatoria dionisiaca frente a la anterior etapa de estabilidad apolínea que comienza al finalizar la Segunda Guerra Mundial.

Proporcionar seguridad ante estos nuevos retos sigue siendo la obligación de los Estados en un entorno tan volátil en el cual aparecen constantemente nuevas amenazas contra los derechos y libertades de los ciudadanos y contra la estabilidad y continuidad de los Estados mismos y sus estructuras políticas jurídicas y económicas. La última de las expresiones de estas amenazas la constituyen los denominados *conflictos híbridos*. Y no sabemos qué nos depara el futuro en forma de abiertos conflictos militares en el ciberespacio. Lo cierto es que ante todas estas nuevas circunstancias los conceptos de *defensa* y *seguridad* deben ser revisados. Esa revisión se ha ido operando en los países de nuestro entorno mediante la sucesiva aprobación de estrategias o directivas de seguridad nacional a partir de las cuales se han ido levantando los aparatos administrativos e institucionales que permiten ejecutar políticas públicas más inclusivas y de un más amplio espectro.

En definitiva y atendiendo a estos condicionantes, los Estados deberán atender a sus necesidades de seguridad teniendo en cuenta que esta deberá ser concebida como:

- Dinámica. Porque se debe adaptar a cambios constantes y no perder el paso a las nuevas amenazas.

- Inclusiva. Debe incorporar los esfuerzos del máximo número de actores dentro de cada Estado.
- Poliédrica. Porque las amenazas son múltiples y proteicas.
- Coordinada. Porque siempre deberá existir una autoridad que en último extremo tome las decisiones.
- Flexible. El mayor reto de toda organización pública es precisamente tener la capacidad de adaptarse al cambio.
- Creíble. Porque solo un sistema de seguridad nacional bien coordinado y eficaz tendrá un efecto disuasivo frente a las amenazas.

En este sentido el cambio de paradigma se encarna perfectamente en España con la aprobación de la Ley 36/2015 de Seguridad Nacional, la cual se enmarca en esa tendencia general y responde a esa imperiosa necesidad de afrontar con mayor rigor y seriedad el objetivo de garantizar que España, los españoles, sus derecho y libertades y el ordenamiento constitucional y jurídico se encuentren perfectamente asegurados viviendo en paz, en convivencia y con prosperidad, manteniendo con toda fortaleza el axioma de que toda nación debe aspirar a ser un proyecto sugestivo de vida en común como fundamento último de existencia política.

Esta evolución de la realidad geopolítica ha hecho que los conceptos de seguridad y defensa en España, en los últimos años, hayan evolucionado también siguiendo las tendencias de nuestro entorno, dando lugar a una común aceptación del concepto de Seguridad Nacional. Esta noción ha extendido su alcance hasta materias antes insospechadas incluyendo bajo su paraguas cualquier aspecto de la seguridad que pueda afectar a la población de un territorio desde un enfoque poliédrico y multidisciplinar, interconectado y transversal. Se superan así políticas públicas antes netamente separadas tales como la Defensa Nacional, la Seguridad Pública o la Acción Exterior del Estado. Por primera vez en el marco político español se define la Seguridad Nacional de una forma integral y esta es enunciada como una política pública que, bajo la dirección y liderazgo del presidente del Gobierno, es responsabilidad del Gobierno y coordina a todas las Administraciones Públicas —estatal, autonómica y local—, además de a otros actores públicos y privados. En definitiva, una tarea que implica el esfuerzo coordinado de todos los ciudadanos, que deberán aumentar su compromiso con este esfuerzo si se quiere lograr el éxito en la tarea.

Por otra parte, este es un esfuerzo que debe ser interdependiente con respeto a los demás países y especialmente respecto a los que son aliados y con los que compartimos valores democráticos y occidentales. Esa interdependencia es imprescindible para poder entender la necesidad imperiosa

de colaboración entre Estados en pro de una seguridad compartida. En este mundo globalizado no es posible la seguridad nacional sin atender a las necesidades de la seguridad internacional porque se han convertido en una misma cosa. A este respecto es esencial entender la seguridad nacional en el marco de las organizaciones internacionales que forman nuestras coordenadas geopolíticas, la OTAN, la UE y la OSCE. En el Concepto Estratégico 2010 de la OTAN, aún en vigor, se afirma que la OTAN continuará jugando su esencial papel de asegurar nuestra seguridad y defensa. En él se señala que la OTAN defenderá a las naciones aliadas, desplegando fuerzas militares allí donde y cuando sean requeridas para proteger nuestra seguridad y promover la seguridad común de todos nuestros aliados alrededor del mundo. Se puede decir que tanto la OTAN como la UE consideran que los conceptos de seguridad y defensa constituyen un único ámbito que incluye los elementos operativos necesarios para ser más eficaces desde un punto de vista de acciones integradas. En este sentido, la actual configuración de las normas que regulan la Seguridad Nacional en nuestro país va en esa línea de integración, coordinación y sinergias. Es decir, desde la política de seguridad y la política de defensa, cada una con su propia naturaleza e independencia, de cada país, se participa en la política común de seguridad y defensa, que pertenece a la Unión Europea, así como en el marco de seguridad y defensa de la OTAN.

En esta misma línea debe tenerse en cuenta el nuevo entorno geopolítico, que no debe obviar la doble dimensión que nuestro país abraza tomando como punto de referencia su pertenencia a la OTAN, ya analizada, pero también su pertenencia a un nuevo ámbito geopolítico que se está reforzando ante los últimos acontecimientos, que es la de la Unión Europea. Tan importante va a ser en los próximos años la dimensión atlántica como la europea. En este sentido sería predicable una mayor proximidad y alineamiento de la futura Estrategia Española de Seguridad Nacional, ya en fase de redacción, con la Estrategia de Seguridad Europea *Visión compartida, acción común: una Europa más fuerte*, aprobada en 2016. Se trata de un documento esencial en la nueva orientación de la política exterior y de seguridad común. Supone un importante cambio de filosofía respecto de la Estrategia Europea de Seguridad de 2003, un nuevo contexto en el cual España debería figurar a la vanguardia para poder contar con la ayuda necesaria de cara a controlar sus propios riesgos externos procedentes del sur de Europa. La estrategia global determina cinco prioridades para la política exterior de la Unión: la seguridad de la Unión; la resiliencia estatal y social de los vecinos orientales y meridionales de la Unión; la concepción

de un enfoque integrado en relación con los conflictos; órdenes regionales de cooperación, y una gobernanza mundial para el siglo XXI.

No obstante, llegado este momento hay que defender la existencia dentro de este ámbito generalista de la seguridad nacional de una configuración independiente, aunque interdependiente de la defensa nacional como parte de la seguridad nacional. La defensa nacional tiene rasgos propios que la singularizan dentro de todas las demás actuaciones y actos del Estado dentro de la política pública de seguridad nacional. Se trata de políticas de Estado separadas pero coordinadas que, por las propias características de la defensa nacional, hacen imposible diluir a esta dentro de un conjunto superior como, por otra parte, sí sería posible con otros de los ámbitos incluidos dentro de la seguridad nacional. No es lo mismo la defensa nacional que la seguridad inmigratoria o la seguridad alimentaria, por poner ejemplos. Todos ellos son contemplados en la LSN como ámbitos de esta y aparentemente equiparados en cuanto a su relevancia, No se trata de que sean ámbitos más o menos importantes, sino que son diferentes y no comparables en cuanto a su relevancia y configuración. En ocasiones puede darse el caso de que la propia supervivencia del Estado quede subordinada a que la defensa nacional sea exitosa en su ejecución, como ocurriría en caso de conflicto bélico generalizado. En definitiva, los Estados siguen teniendo políticas de seguridad y políticas de defensa separadas, con su propio contenido, carácter y atributos.

Por otra parte, y de cara al futuro, se puede decir que la primera parte de la tarea ya está finalizada; había que poner en pie desde lo previo un sistema de seguridad nacional y esa labor ya se ha completado en los últimos años. Ya existe un complejo entramado de normas y directivas que dotan a la política de seguridad nacional de cobertura jurídica para poder desplegar la acción del Estado, que además ha sido refrendada frente a una impugnación sobre su constitucionalidad por el propio TC mediante sentencia. Ya se ha creado el engranaje institucional necesario derivado de ese bloque regulador; Cortes Generales y Gobierno de la nación han creado esos órganos encargados de dirigir y controlar esa acción del Estado en esta materia. Quedan, no obstante, acciones por desarrollar, pero sobre todo queda por llevar a cabo una acción derivada de esos fundamentos legales y orgánicos, acciones que deben necesariamente conducir a la coordinación sin paliativos de todas esas potencialidades, atendiendo a la gran fragmentación competencial y administrativa de todos los actores estatales y no estatales que coadyuvan a la acción en materia de seguridad.

Debe insistirse en la necesidad de poner en marcha en la realidad los mecanismos de coordinación ya en vigor para superar disfunciones, ine-

ficiencias y compartimentaciones estériles. Se trata de poner en práctica la utilización conjunta de recursos materiales y humanos, de compartir la información, en definitiva, de lograr una cooperación leal, realista y efectiva. Por otra parte, también es el momento de implicar más a los actores privados y a la sociedad en general. Es mucho el talento y las energías que desde la sociedad civil y las empresas privadas se podría aportar a este esfuerzo colectivo de la seguridad y también de la defensa. Esa cooperación debería plasmarse en una apuesta decidida y sin complejos, como ocurre en países de nuestro entorno, por potenciar la cultura de defensa y las formas de colaboración público-privadas. Además, también es necesario permitir una mayor participación y encuentro en sectores tan propicios a esta colaboración como el de la ciberseguridad, el de la seguridad energética o la alimentaria.

Solo así se podrá dotar al país de un adecuado nivel de seguridad nacional que la situación internacional y nacional demandará del Gobierno que tenga la responsabilidad de salvaguardar a España y a los españoles de cualquier amenaza futura.

**EL PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM*. TRATAMIENTO DEL PRINCIPIO
POR EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS
(TEDH), EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA
(TJUE) Y POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (TC)**

José Miguel Compañy Catalá
*Fiscal delegado de Cooperación Internacional
Fiscalía Provincial de Barcelona, Dr. en Derecho*

SUMARIO

1. Introducción. 1.1 Introducción general. 1.2 Introducción específica. 2. Regulación legal del principio *ne bis in idem*. 2.1. En el derecho comunitario. 2.2. En el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). 3. El *bis* en la jurisprudencia del TJUE. 4. El *idem* en la jurisprudencia del TJUE. 4. La identidad de hechos. 4.2 Identidad de sujetos. 4.3 Otro supuesto. 5. El *ne bis in idem* en la jurisprudencia del TEDH. 5.1 Nociones generales. 5.2 El *bis* en la jurisprudencia del TEDH. 5.3. El *idem* en la jurisprudencia del TEDH. 6. Relaciones entre la jurisprudencia del TJUE y la jurisprudencia del TEDH en materia de *ne bis in idem*. 7. El principio *ne bis in idem* en la jurisprudencia del TC. 8. Conclusiones. 9. Tablas de sentencias.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. INTRODUCCIÓN GENERAL

El 2 de febrero de 2015, cuando pronunció el discurso de apertura del año judicial del TEDH, Pérez de los Cobos puso de manifiesto lo siguiente:

«[...] la dimensión multinivel del sistema europeo de protección de derechos humanos [...] hoy es con seguridad el principal desafío al que nos enfrentamos. La complejidad de este sistema viene dada por la superposición de distintas declaraciones de derechos (constituciones nacionales, Convenio Europeo de Derechos Humanos, Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea), cada una de las cuales está respaldada por la jurisdicción de un tribunal que se presenta como su máximo intérprete. A las inevitables discrepancias jurisprudenciales, se suma la complejidad procedimental derivada de la posibilidad de interponer, en el curso del mismo proceso, recursos ante diferentes instancias. Las normas vigentes no ofrecen pautas claras respecto de las distintas posibilidades que se presentan al ciudadano, por lo que deben acometerse las reformas necesarias que permitan minimizar la sensación de incertidumbre que puede generar el sistema multinivel».

El expresidente del Tribunal Constitucional abogó por que los actores implicados en la protección de los derechos humanos sigan apostando por el diálogo, el conocimiento recíproco y la empatía como medios para resolver posibles fricciones.

A este estado de cosas en el que la incertidumbre está casi al mismo nivel en el juez y el fiscal que en el ciudadano, no es ajeno ni puede serlo tampoco el principio *ne bis in idem*.

1.2. INTRODUCCIÓN ESPECÍFICA

A meros efectos de situar la cuestión, comenzaré citando la definición que del principio *ne bis in idem* realiza Del Rey Guanter¹, según el cual se trata del principio general del derecho que, con base en los principios de proporcionalidad y cosa juzgada, prohíbe la aplicación de dos o más sanciones o el desarrollo de dos o más procedimientos, sea en uno o más órdenes sancionadores, cuando se de una identidad de sujetos, hechos y fundamento y siempre que no exista una relación de supremacía especial de la administración.

¹ DEL REY GUANTER, Salvador. *Potestad sancionadora de la Administración y jurisdicción penal en el orden social*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (eds.) 1990, p. 468.

Por mi parte, como luego se tendrá oportunidad de ver al examinar las diferentes doctrinas, creo que parece que el principio *ne bis in idem* tiene también que ver con el principio de legalidad y el de tipicidad, tanto de las infracciones como de las sanciones. O si se prefiere, en palabras de Vervaele², es un principio de tutela judicial para el ciudadano frente al *ius puniendi* del Estado y, como tal, forma parte de los principios del debido proceso y del juicio justo. En otras palabras, el *ne bis in idem* ha devenido un derecho fundamental que protege contra la acumulación de sanciones penales.

Como es sabido, dicho principio no viene regulado de manera expresa en la Constitución Española (CE), por lo que es en el ámbito de la Unión Europea (UE) y de los convenios europeos de derechos humanos donde se aborda la cuestión y de donde, me atrevería a decir, bebe el TC y en consecuencia el resto de tribunales españoles para resolver los supuestos de *ne bis in idem*.

2. REGULACIÓN LEGAL DEL PRINCIPIO NE BIS IN IDEM

2.1. EN EL DERECHO COMUNITARIO

El artículo 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (CAAS) dice:

«Una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando, o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la parte contratante donde haya tenido lugar la condena».

Por su parte, el artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) señala que: «Nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley».

² VERVAELE, John A.E. «*Ne bis in idem*, un principio transnacional de rango constitucional en la Unión Europea». Barcelona: Indret 2014, n.º 1. En idéntico sentido : LELIEUR-FISCHER, J. *La règle ne bis in idem. Du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive*, eds. París : Université Pantheon I, Sorbone 2005, pp. 350 a 355.

2.2. EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (CEDH)

El artículo 4 del Protocolo N.º 7 del CEDH dice que:

«1. Nadie podrá ser juzgado o sancionado de nuevo en un procedimiento penal bajo la jurisdicción del mismo Estado por una infracción por la que ya haya sido definitivamente absuelto o condenado de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de ese Estado. 2. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impedirá la reapertura del caso de acuerdo con la ley y el procedimiento penal del Estado concernido, si hay prueba de nuevos hechos o se descubren hechos que no se conocieran con anterioridad, o si hubiera habido un defecto fundamental en el primer procedimiento que pudiera afectar a la resolución del caso».

3. EL BIS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE³

En el ámbito de la UE, el principio *ne bis in idem* por lo que respecta a cómo deben ser los procedimientos que sucesivamente imponen una absolución o una sanción (*bis*), fue objeto de un amplio reconocimiento por la Sentencia del TJUE (STJUE) de 11 de febrero de 2003, casos Gözütok y Bruegge acumulados.

El Sr. Gözütok era un ciudadano turco residente en Holanda. En su restaurante de comida rápida kebab se encontró por la policía marihuana y hachís. El fiscal holandés acordó el sobreseimiento del procedimiento. El Sr. Gözütok tenía, asimismo, una cuenta corriente en una entidad bancaria alemana desde la que manejaba grandes sumas de dinero que parecían no corresponderse con los ingresos procedentes de la venta de kebab. La Fiscalía alemana realizó una investigación y acabó acusando de nuevo al Sr. Gözütok por tráfico de drogas. El Tribunal alemán planteó al TJUE una cuestión prejudicial europea preguntando si el sobreseimiento ordenado por el fiscal holandés debe ser considerado resolución judicial a los efectos del artículo 54 del CAAS. El TJUE concluyó que el principio *ne bis in idem*, consagrado en el artículo 54 del CAAS, se aplica también a procedimientos de extinción de la acción pública, por los que el Ministerio

³ En la exposición de los hechos de las sentencias del TJUE y en la clasificación de estas, sigo básicamente a: LLOPIS NADAL, Patricia. *El Mito de Europa* [en línea]. [ref. 13 de noviembre de 2017].

Fiscal de un Estado miembro ordena el archivo, sin que llegue a iniciarse el procedimiento judicial⁴.

Por su parte, el Sr. Bruegge era un ciudadano alemán que causó unas lesiones dolosas en Bélgica a una ciudadana belga. La justicia belga es más lenta que la alemana y cuando el caso llegó a los tribunales, en Alemania ya se había sobreesido por el fiscal en virtud del acuerdo que alcanzaron las partes, mediante el cual el Sr. Bruegge indemnizó a la ciudadana belga a su satisfacción. Dicho procedimiento de renuncia a la acción penal por acuerdo indemnizatorio y ausencia de voluntad de persecución entre las partes tiene también lugar ante el Ministerio Fiscal y por tanto termina sin sentencia. El Tribunal belga preguntó al TJUE lo mismo que el Tribunal alemán en el caso Gözütok, es decir, si esa decisión del fiscal de no acusar debido al pacto previo es equiparable a efectos del artículo 54 del CAAS a una decisión judicial. A este respecto, el TJUE, amén de decir de nuevo que efectivamente una decisión definitiva de no ejercer la acción pública por un fiscal tiene las mismas características que una resolución judicial, puso de manifiesto dos cuestiones fundamentales para la interpretación posterior del *ne bis in idem* en el marco de la UE:

1. El principio del Art. 54 del CAAS no está supeditado en cuanto a su aplicación a una armonización de las legislaciones estatales, sino antes, al contrario, es un principio que implica confianza mutua entre los Estados para respetar la solución otorgada al caso por otro Estado extranjero, aunque no coincida con la que tendría el ordenamiento propio para el caso.
2. El fundamento del artículo 54 del CAAS es conseguir la libre circulación de personas en la UE, principio que se vería enormemente dificultado si una vez un ciudadano resultara absuelto o condenado en un Estado, se pudiera repetir la condena en los sucesivos Estados a los que el sujeto se desplazara.

Asimismo, en el Caso Gasparini y otros de 28 de septiembre de 2016 en el que el ciudadano italiano Sr. Gasparini introdujo en España aceite tunecino y turco de contrabando a través de Portugal, donde fue juzgado y absuelto por prescripción, la Audiencia Provincial (AP) de Málaga planteó la cuestión prejudicial de si la prescripción era también una absolución

⁴ La jurisprudencia posterior del TJUE al respecto aclara que el archivo tiene que ser por razones de fondo. En el caso Miraglia, el fiscal holandés, para no violar el *ne bis in idem*, había sobreesido preventivamente la causa al existir instrucción paralela en Italia, lo que obviamente no es una resolución de fondo. (STJUE, Caso Miraglia, de 9 de marzo de 2006).

definitiva en el sentido del artículo 54 del CAAS, contestando el TJUE que sí y debiendo por lo tanto archivar el caso⁵.

De otro lado, siguiendo con el procedimiento de adopción de las resoluciones que acuerdan la sanción o la absolución y por lo que hace al término firme del artículo 50 de la CDFUE, el caso Turansky de 22 de diciembre de 2008 interpreta dicho concepto. El Sr. Turansky, de nacionalidad eslovaca, presuntamente habría cometido un robo a una ciudadana austríaca en Austria. Cuando el fiscal austríaco tiene conocimiento de que se siguen acciones penales contra este en Eslovaquia, suspende su procedimiento, pero después en Eslovaquia el fiscal eslovaco considera que los hechos no son delictivos. Austria pregunta al TJUE si dicha decisión del fiscal puede calificarse de firme. La sentencia estudia el complejo procedimiento eslovaco y llega a la conclusión de que no, habida cuenta de que en el proceso penal eslovaco las decisiones del fiscal no impiden que se pueda volver a incoar diligencias penales por los mismos hechos⁶, con lo que no se trata de una decisión firme a los efectos del artículo 50 de la CDFUE estudiado.

4. EL *IDEM* EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

La doctrina tradicional solía decir que para que concurra el principio que venimos estudiando, se tiene que producir identidad de hechos, sujeto/s y fundamento o causa de pedir⁷. Pese a que como veremos a lo largo del presente artículo, la jurisprudencia internacional ha superado ese triple criterio, metodológicamente al menos, este presenta alguna claridad expositiva, por lo que, aunque no rigurosamente, guiará mi exposición de la jurisprudencia del TJUE⁸. Se trata en suma de saber qué es lo que no puede resultar sancionado dos veces, unos hechos materiales, unos hechos en sentido amplio o jurídico o una calificación jurídica de lo sucedido.

⁵ Parcialmente, como más adelante se verá.

⁶ Nótese la similitud con las diligencias de investigación del Fiscal reguladas en España por el EOMF de 1981 reformado en 2007.

⁷ Véase por todos GORRIZ ROYO, Elena. *Sentido y alcance del ne bis in idem respecto a la preferencia de la jurisdicción penal en la jurisprudencia del TC (sobre todo en la STC 2/2003)*. Castellón: Universitat Jaume I (eds.) 1998, pp. 209 y 210. Que los da por supuestos y que lo que critica es el reduccionismo en su interpretación por parte del TC.

⁸ En igual sentido crítico, pero utilizando la tradicional distinción, ver PARDO, M. *et al. Especial Consideración de los aspectos problemáticos del principio non bis in idem en la jurisprudencia constitucional*. Murcia: Universidad de Murcia (eds.) 2007, pp. 6 a 11.

4.1. IDENTIDAD DE HECHOS

El TJUE ha ido perfilando en su jurisprudencia qué hay que entender por *hecho*. Así, en el caso Van Esbroeck, de 9 de marzo de 2006, el Sr. Van Esbroeck es un ciudadano belga condenado en Noruega por tráfico de drogas a cinco años de prisión. Sin embargo, cuando obtiene el tercer grado regresa a Bélgica. Allí la Fiscalía belga lo vuelve a procesar por tráfico de estupefacientes y resulta condenado a un año de prisión. Cuando por su recurso el caso alcanza el Tribunal Supremo belga, este plantea al TJUE la cuestión prejudicial europea. En ella pregunta si deben considerarse los mismos hechos el poseer la sustancia para su puesta en circulación (posesión en Bélgica) y su exportación (a Noruega). El TJUE sentencia que, con independencia de su calificación jurídica, el concepto de hechos es un concepto material. En el presente caso la sustancia es la misma, lo que provoca la casación de la sentencia belga de primera instancia⁹.

Por lo tanto, la cuestión de la identidad de derecho, en el ámbito de la UE queda muy matizada o disminuida. Es decir, con la interpretación de los hechos en sentido material que realiza el TJUE, pierde trascendencia la cuestión de la calificación jurídica, que lógicamente puede ser distinta en cada país. Esta idea se ve reforzada por el marco de reconocimiento mutuo en materia penal que va tomando cada vez más cuerpo en el derecho comunitario. Valga solo como ejemplo, la lista de treinta y dos delitos para los que no resulta necesaria comprobación de la doble incriminación que se incorporó a la Decisión Marco (DM) 2002/584/JAI y sucesivas decisiones marco relativas a cooperación internacional en materia penal, que van reproduciendo las distintas leyes de trasposición, como por ejemplo la española 23/2014 de 20 de noviembre en su artículo 20.

4.2. IDENTIDAD DE SUJETOS

En el caso Gasparini antes mencionado, el TJUE puso de manifiesto respondiendo a la segunda cuestión prejudicial de la AP de Málaga que el *ne bis in idem* no afecta a los sujetos investigados ante esta que no fueron

⁹ La misma consideración se hace por el TJUE respecto al aceite de contrabando del caso Gasparini en cuanto a que si bien en Portugal el aceite se encuentra en tránsito y en España es vendido, el aceite de contrabando es el mismo, un único aceite. En Kraaijenbrink (STJUE de 2005), en una doble condena por blanqueo procedente de narcotráfico en Holanda y en Bélgica, el TJUE no entra en los hechos cuando señala que el determinar si son los mismos hechos corresponde al segundo tribunal sentenciador, es decir, al belga.

enjuiciados por los tribunales portugueses, con lo que permite celebrar el juicio para acusados distintos.

En el caso M. de 5 de junio de 2014, el Tribunal de Fermo, en Italia, planteó asimismo una cuestión prejudicial europea al TJUE. Los hechos se pueden resumir como sigue: M. es un ciudadano italiano que reside en Bélgica y que es denunciado en 2004 varias veces por su nuera Q., que alega que ha abusado sexualmente con violencia de su nieta N. entre mayo de 2001 y febrero de 2004, siendo N. una menor de muy corta edad nacida el 29 de abril de 1999. El 15 de diciembre de 2008 el juez de Garantías belga decide que el caso no acceda a la fase de juicio oral por falta de pruebas. En paralelo y como quiera que Q. hubiera asimismo denunciado los hechos en Italia, en 2006¹⁰ se abrió procedimiento contra M. por los mismos hechos ante el Tribunal de Fermo. En este segundo caso, en cambio, el juez de Garantías italiano decretó la apertura de juicio oral y al inicio de las sesiones de juicio es el propio M. el que invoca la violación del principio *ne bis in idem*.

El tribunal, como se ha dicho con anterioridad, planteó la siguiente cuestión prejudicial: ¿Un sobreseimiento que termina un proceso penal tras una extensa investigación de los hechos, pero que permite en su caso la reapertura del procedimiento si hubiera nuevas pruebas, dictado por un Estado miembro de la UE impide iniciar y desarrollar un proceso contra la misma persona por los mismos hechos en otro Estado miembro?

De acuerdo con la sentencia Miraglia ya mencionada, el TJUE señala que es necesario que la decisión de sobreseimiento sea de fondo. Es decir, tienen que haberse analizado los fundamentos jurídicos del caso y dice asimismo el TJUE que hay que tener en cuenta que si alguien ha sido absuelto o el caso se ha sobreseído contra él o contra ella porque la prueba practicada en el caso de absolución o los indicios racionales de criminalidad acumulados en el caso de sobreseimiento eran insuficientes, debe considerarse que la resolución cumple con esos requisitos (Van Straaten, 2006, parr. 60).

4.3. OTRO SUPUESTO

Aunque me parece un supuesto de *idem*, es decir, de qué requisitos o contenido deba en este caso reunir la sanción impuesta de conformidad a lo dispuesto en el artículo 54 del CAAS, no es un claro supuesto de fundamento que merecería conforme a la doctrina clásica un apartado propio y

¹⁰ Vemos de nuevo que la justicia belga es también más lenta que la italiana.

tampoco encaja en los apartados relativos a los sujetos o a los hechos. Por ello, lo denomino *otro supuesto*.

Se trata de un ejemplo de sentencia cuya pena no se pudo ejecutar. En el caso Bourguain, un miembro de la legión extranjera francesa mata a otro compañero de nacionalidad alemana en Argelia, entonces territorio francés. En 2001 se promulga una ley francesa de amnistía de todos los crímenes relativos a la guerra de Argelia y asimismo, en el caso concreto, la pena impuesta a M. Bourguain había prescrito sin ser ejecutada. Cuando Alemania pretende juzgarlo por homicidio y el Tribunal alemán plantea la cuestión prejudicial europea, se le contesta por el TJUE que es un caso claro de sanción que no puede ejecutarse ya, según la legislación de la parte contratante en la que recayó la condena, en este caso, Francia.

5. EL NE BIS IN IDEM EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

5.1 NOCIONES GENERALES

Tradicionalmente, mucho más allá de las resoluciones del TJUE, iban a nivel internacional los arts. 4 del Protocolo N.º 7 del CEDH y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹¹. Dichos preceptos protegen al ciudadano no solo frente a la ulterior sanción (administrativa o penal según veremos), sino frente a la nueva persecución punitiva por los mismos hechos, una vez ha recaído resolución firme en el primer procedimiento sancionador, con independencia del resultado —absolución o sanción— de este.

Los preceptos citados no distinguen entre el supuesto de que el procedimiento sancionador inicial sea penal o administrativo, ni entre sentencia condenatoria o absolutoria y terminación anormal del proceso. Es decir, el derecho humano se concentra en no ser perseguido punitivamente dos veces.

La cuestión fundamental que diferencia al TEDH del resto de tribunales por lo que hace al *ne bis in idem* y más concretamente por lo que hace a qué contenido tenga que tener la infracción a sancionar y el proceso en el que recaiga sanción o absolución es que viene estableciendo reiterada-

¹¹ En cuanto a que, como se verá, ampliaban muchísimo el concepto de sanción penal y, asimismo, hasta que entra en vigor la CFDUE, el TJUE no se ocupaba de derechos fundamentales.

mente desde hace más de cuarenta años que las sanciones administrativas, cuando cumplen una serie de requisitos, deben ser consideradas como si fueran sanciones penales a efectos de violación o no del principio *ne bis in idem*¹².

Es, por tanto, clave a estos efectos tratar de explicar cuándo una sanción administrativa cumple los requisitos para ser considerada una sanción penal. Esto el TEDH lo resolvió hace mucho tiempo en su Sentencia Engel *vs.* Netherlands, de 8 de junio de 1976, donde fijó los siguientes criterios para determinar cuándo una sanción administrativa se considera por el TEDH penal a efectos de *ne bis in idem*.

El primer criterio es la clasificación legal de la infracción de acuerdo con la ley nacional.

A este respecto, debe ser tenida en cuenta jurisprudencia relativamente reciente en la que el TEDH declara que:

«El Tribunal pone de manifiesto que con relación a la clasificación legal bajo la ley nacional, la esfera definida en varios ordenamientos jurídicos similares como “infracción administrativa/falta”¹³, incluyendo la protección del orden público como bien jurídico protegido, incluye ciertas infracciones que tienen una connotación penal pero que son demasiado triviales para estar reguladas por la ley penal y el procedimiento penal» (Zolotukhin *vs.* Rusia, 10 de febrero 2009 § 54; Maresti *vs.* Croacia, 25 de junio 2009, y Muslija *vs.* Bosnia-Herzegovina, 14 de enero 2014, § 58 y § 27 respectivamente).

El segundo criterio sería el de la naturaleza de la infracción.

Y el tercero, el grado de severidad de la sanción o de la pena con la que puede ser sancionada la persona autora de la infracción.

Hay que tener, asimismo, en cuenta que los criterios segundo y tercero son alternativos y no necesariamente acumulativos. Es decir, es suficiente que la infracción en cuestión sea vista por su propia naturaleza como penal o que la infracción sea susceptible de poder ser sancionada con una sanción que por su severidad y naturaleza pertenezca a la esfera del derecho penal (Ezeh y Connors *vs.* Reino Unido, 2003).

¹² Esta toma de posición del TEDH afecta indirectamente a otras materias de su jurisprudencia. Así, por ejemplo, a la existencia o no de un recurso en los casos de aquellas sentencias contencioso-administrativas en las que conforme a los criterios del TEDH la sanción impuesta deba considerarse penal a efectos de *ne bis in idem*. (Véase a contrario Kurdov et Ivanov *vs.* Bulgaria de 31 de mayo de 2011).

¹³ El entrecomillado es del propio TEDH.

Sin embargo, la relativa falta de seriedad de la sanción no puede convertir en no penal una infracción que es penal por su propia naturaleza (*Öztürk vs. Alemania*, de 21 de febrero de 1984, y *Lutz vs. Alemania*, de 25 de agosto de 1987).

Esto no excluye en todo caso un análisis conjunto de los dos criterios si un análisis separado de cada uno de ellos no permite alcanzar una conclusión clara sobre la existencia de una infracción de naturaleza penal (*Jussila vs. Finlandia* §§ 30-31, 2006, y de nuevo *Ezeh y Connors vs. Reino Unido*, 2003 § 82-86).

Hoy en día, el TEDH sigue basando sus resoluciones sobre sanciones administrativas a considerar como penales a efectos de *ne bis in idem* en los mismos criterios y solo hace que perfeccionarlos o matizarlos en sus sucesivas sentencias y se diría que a veces incluso solo hace que dar vueltas sobre ellos.

5.2. EL BIS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

En *Zolotukhin vs. Rusia* de 10 de febrero de 2009, el TEDH define el *bis* como inicio de un nuevo proceso¹⁴, cuando una absolución o una condena ya han alcanzado fuerza de cosa juzgada.

El TEDH declara que el objetivo del artículo 4 § 1 del Protocolo N.º 7 del CEDH es prohibir la repetición de procedimientos sancionatorios de naturaleza penal cuando el primero de ellos ya haya sido concluido por una decisión definitiva.

Para que sea lo que no quepa repetir dos veces (doble persecución) debemos comenzar analizando *Rivard vs. Suiza*, de 4 de octubre de 2016. En ella el TEDH señala respecto a *Zolotukhin vs. Rusia* que si bien la citada sentencia ha clarificado el enfoque a la hora de abordar la identidad de la infracción —*idem*—, ha abordado muy brevemente la cuestión de la unicidad del procedimiento y no cabe extraer de la citada sentencia consecuencia alguna por lo que hace a la repetición de las persecuciones punitivas —*bis*— (párr. 30).

Por ello, en el caso citado en el que un conductor canadiense circulaba por Suiza a 132 km/h cuando la velocidad máxima autorizada era de

¹⁴ En mi opinión la citada sentencia adolece de falta de consistencia o de contradicciones cuando menos terminológicas. Habla del inicio de un nuevo proceso que después en la misma sentencia llama procesamiento o enjuiciamiento. Es decir, el simple inicio de un nuevo proceso parece que no debería provocar *ab initio* violación ninguna del *ne bis in idem*.

100 km/h y en el que la autoridad administrativa lo sancionó con una multa, y la penal con la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo de un mes, el TEDH resuelve (anticipando en cierta medida el criterio que plasmara después en *A y B vs. Noruega* ya de manera expresa) que ello no supone una violación del *ne bis in idem*.

Así, el TEDH comienza por observar que de una parte el tribunal penal no es competente para decidir las sanciones administrativas y, viceversa, la autoridad administrativa no es competente para imponer sanciones penales, por lo tanto, cada autoridad tiene una gama disponible de sanciones separadas que no se solapan. Además, la autoridad administrativa no puede apartarse de la sentencia penal para tener por probados hechos que no se han tenido por probados en la sentencia penal. De este modo se aplica el principio de coordinación de los procedimientos penales y administrativos. Por lo tanto, hay entre los procedimientos una relación material que conduce a la solución de que no se ha violado el artículo 4 del Protocolo N.º 7 del CEDH.

Podemos observar, por tanto, que no se plantearía en principio problema alguno con relación a lo determinado por el TJUE por lo que hace a que el TEDH cuando hace referencia a una absolución admita que caben decisiones no necesariamente definitivas, es decir, sobreseimientos o terminaciones anormales del procedimiento diferentes de una sentencia.

En España este aspecto del *bis* no es tan claro como el aspecto puramente penal¹⁵. Es decir, mientras no es posible en la mayoría de ocasiones siquiera enjuiciar dos veces los mismos hechos en vía penal y las raras veces que ello se produce funciona la vía del recurso de revisión, para cuya interposición está legitimado el Ministerio Público, en cambio, existe confusión clara de identidad entre los límites de las sanciones penales y las sanciones administrativas (*idem*).

Ello repercute necesariamente en saber qué procedimiento sancionatorio administrativo va a provocar problemas de *ne bis in idem* caso de que coincida con un procedimiento penal.

La prohibición constitucional de las sanciones administrativas privativas de libertad (artículo 25, CE) y el hecho de que el procedimiento admi-

¹⁵ Por mi parte, sin desconocer que una vez el CEDH ha entrado en vigor en España, este integra con carácter pleno la legislación española aplicable en la materia, entiendo que la jurisprudencia citada debe admitir algún matiz. Se trata de convenios de una organización internacional, el Consejo de Europa, en la que se agrupan muchos Estados con una gran diversidad de ordenamientos y existen efectivamente algunos de ellos en los que la sanción administrativa puede ser incluso privativa de libertad y el procedimiento de imposición muy similar al de un verdadero juicio.

nistrativo sancionador y su posterior revisión judicial contencioso-administrativa disten mucho de ser un verdadero juicio con las características en cuanto a las garantías para los ciudadanos y la búsqueda de la averiguación de la verdad propias de un juicio penal, implicaba que tradicionalmente la doctrina señalaba que la violación del *ne bis in idem* que ocurría en otros estados no ocurría en España.

Sin embargo, y aunque como se ha visto no es esto tan claro, parece que todavía existen posibilidades de equipararnos con otros países europeos en lo negativo, es decir, en el incremento de eventuales violaciones del principio *ne bis in idem* habida cuenta de la despenalización de las faltas por la Ley Orgánica (LO) 1/2015, de 31 de marzo.

Dicha LO en su exposición de motivos señala expresamente en su párrafo XXXI:

«En nuestra ley no hay diferencias cualitativas entre los delitos y las faltas. Las diferencias son puramente formales o cuantitativas en atención al tipo de pena que llevan impuestas. Hasta ahora, la tipificación de ciertas conductas como faltas obedecía a simples razones de política criminal, que en el momento actual han dejado de tener sentido. Ello producía cierta distorsión cuando se comparaba con las sanciones administrativas, que en muchos casos daban una respuesta más severa que la que daba el Código Penal (CP) para teóricamente infracciones más graves. Por tanto, la reforma tipifica como faltas solo aquellas infracciones que cree necesario mantener. La descriminalización del resto de las mismas, dota de consistencia al sistema como un todo, porque la mayoría de ellas describían conductas que son tratadas de un modo más severo en el campo del derecho administrativo sancionador [...]».

Y asimismo, la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, LO 4/2015, de 30 de marzo, en su artículo 37 expresamente regula con el objetivo de proteger el orden público algunas de las viejas faltas¹⁶.

Por tanto, se puede concluir que del 1 de julio de 2015 en adelante, los mismos problemas que existen en otros Estados europeos es posible que se presenten también en España.

¹⁶ Recuérdese lo declarado por el TEDH respecto a este tema en sus sentencias relativas al primer criterio para considerar penal una sanción administrativa a efectos de *ne bis in idem*.

5.3. EL IDEM EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

Así, el TEDH señala que para considerar inaplicable la prohibición de incurrir en *bis in idem* no basta con que las infracciones presenten diferencias, o que una de ellas represente solo un aspecto parcial de la otra (STEDH, 23 de octubre de 1995, caso Gradinger vs. Austria, § 55), pues la cuestión de si se ha violado o no el principio *ne bis in idem* protegido en el art. 4 del Protocolo N.º 7 del CEDH atañe a las relaciones entre los dos ilícitos aplicados, aunque deja claro que este artículo no limita su protección al derecho a no ser sancionado en dos ocasiones, sino que la extiende al derecho a no ser perseguido penalmente. (STEDH, de 29 de mayo de 2001, caso Franz Fischer vs. Austria, § 29).

De esta manera, cuando diferentes ilícitos basados en un mismo acto son perseguidos de forma consecutiva, uno después de la resolución firme sobre el otro, el Tribunal debe examinar si dichos ilícitos tienen o no los mismos elementos esenciales (STEDH de 29 de mayo de 2001, caso Franz Fischer vs. Austria, § 25; en igual sentido SSTEDH, de 30 de mayo de 2002, caso W. F. vs. Austria, § 25, y de 6 de junio de 2002, caso Sallen vs. Austria, § 25).

Por ello, el TEDH ha considerado que no se había producido vulneración del artículo 4 del Protocolo N.º 7 del CEDH en el caso Oliveira vs. Suiza, STEDH de 30 de julio de 1998, por entender que existía un concurso ideal de infracciones, y ha inadmitido la demanda en el caso Ponsetti y Chesnel vs. Francia, decisión de inadmisión de 14 de septiembre de 1999, al considerar que las infracciones por las que fue sancionado el recurrente en vía administrativa y penal diferían en elementos esenciales.

Como señala de nuevo Vervaele¹⁷, hasta la sentencia Zolutukin vs. Rusia, de 10 de febrero de 2009, el TEDH oscilaba en su concepción del *idem*, es decir, de aquello que no se puede repetir, entre una concepción de hecho y una de derecho. Por ejemplo, utilizaba la concepción de hechos como hechos materiales cuando hablaba de elementos esenciales de los delitos, en Garretta vs. Francia de 4 de marzo de 2008, aunque previamente había utilizado en Goktan vs. Francia de 2 de julio de 2002 el de hechos jurídicos.

En Zolutukin vs. Rusia, la Gran Sala reconoce que su jurisprudencia no ofrecía hasta la fecha ni seguridad jurídica ni orientación y que era necesaria una interpretación armonizadora. Optando finalmente el TEDH por definir el *idem* como hechos materiales. Hechos que señala que deben ser

¹⁷ VERVAELE, J.A.E. *Op. cit.* p. 9.

idénticos en las dos resoluciones sancionadoras o deben ser sustancialmente los mismos.

En mi opinión, de curiosa cabe calificar la reciente sentencia Tarasov *vs.* Ucrania de 16 de junio de 2016 por lo que respecta al *idem*. Así, esta toma el criterio de Zolutukin *vs.* Rusia y señala que el Sr. Tarasov fue condenado por la autoridad administrativa como autor de una infracción menor contra el orden público en un bar y por un delito de lesiones y daños en el mismo bar en el mismo espacio temporal. Para tratar de discernir si los hechos son los mismos, el TEDH se fija en que los hechos que dan lugar a la primera infracción son usar lenguaje obsceno hacia el personal del bar, agarrar y blandir una pata de una silla de madera, amenazar con ejercer violencia física e ignorar todas las advertencias dadas por la autoridad policial para que cesara en su conducta. Mientras que, en la parte penal, el TEDH encuentra que hay hechos que no se referían en la sanción administrativa como son el haber causado lesiones al personal del bar y el haber causado daños a la propiedad del bar (párr. 26 al 28).

A partir de ahí, desde mi punto de vista, hubiera sido deseable que la Gran Sala hubiese abordado el tema de los concursos, la cuestión de si la fase que culmina en una sanción administrativa no era sino la fase inicial del *iter criminis* y, por lo tanto, se trataba de los mismos hechos. El TEDH desperdicia una preciosa ocasión de volver sobre los pasos de Oliveira *vs.* Suiza y establecer nueva jurisprudencia sobre la siempre delicada materia concursal penal. Sin embargo (párr. 29), prefiere señalar que la sanción penal también hace referencia a los insultos obscenos para así concluir diciendo que los hechos son los mismos y se ha violado el *ne bis in idem*.

Probablemente, el caso más importante en la materia desde Engel, dado que clarifica la jurisprudencia del TEDH concerniente al cumplimiento con el artículo 4 del Protocolo N.º 7 del CEDH (*ne bis in idem*) de las sanciones administrativas y penales paralelas por la misma conducta y proporciona un marco para examinar en otros casos dicho cumplimiento, me atrevería a decir que es A and B *vs.* Noruega, de 15 de noviembre de 2016.

En un procedimiento administrativo se impusieron recargos fiscales a los demandantes porque habían omitido declarar ciertos ingresos. En paralelo, se desarrolló también un proceso penal en el que fueron condenados por delito contra la Hacienda pública por las mismas omisiones. Los demandantes alegaron que habían sido acusados y condenados dos veces por los mismos hechos.

La Gran Sala revisó la jurisprudencia del TEDH respecto a los casos como el presente de procedimientos paralelos. La Gran Sala entiende que la citada jurisprudencia pone de manifiesto la posibilidad de los estados de

elegir respuestas legales complementarias a conductas socialmente ofensivas (tráfico rodado o impago de impuestos). Dichas respuestas no constituirán una violación del principio *ne bis in idem* si se demuestra que los procedimientos paralelos estaban «suficiente y estrechamente conectados en su sustancia y en el tiempo», permitiendo que los diferentes aspectos de la infracción sean enjuiciados en una forma predecible y proporcionada de tal modo que el implicado no sea sometido a una injusticia. (Ver, entre otras, R. T. vs. Suiza, decisión de inadmisión de 30 de Mayo de 2000, Nils-son vs. Suecia, decisión de inadmisión de 7 de Junio de 2001, y Nykanen vs. Finlandia, sentencia de 20 de mayo de 2014).

Sobre qué debe entenderse por *suficientemente conectados en su sustancia*, deben reunirse ciertas condiciones: los diferentes procedimientos deben perseguir diferentes aspectos de la conducta; los procedimientos deben evitar la duplicación en la recogida de pruebas y la segunda sanción que se imponga debe tener en cuenta la que se haya impuesto primero¹⁸. Será también relevante que los procedimientos administrativos conciernan una conducta (como por ejemplo tráfico rodado o impago de impuestos) que difiera del núcleo duro de la infracción penal, de modo que «las garantías básicas procesales criminales del artículo 6 de la Convención no tengan necesariamente que aplicarse con todo su rigor o severidad» (ver Jussila vs. Finlandia, sentencia de 23 de noviembre de 2006).

Como *suficientemente conectados en el tiempo*, la Gran Sala clarifica que la conexión tiene que ser lo suficientemente estrecha para proteger al individuo de estar sujeto a la incertidumbre, a la dilación y al peligro de que los procedimientos se alarguen o prolonguen en el tiempo.

Aplicando esos principios a los hechos de la presente demanda, la Gran Sala pone de manifiesto que, pese a que se impusieron diferentes sanciones a los demandantes por dos diferentes autoridades en diferentes procedimientos, hubo sin embargo una suficientemente estrecha conexión entre ellos, tanto en sustancia como en el tiempo, «para considerarlos como formando parte de un esquema integral de sanciones bajo la ley de Noruega» por no haber facilitado el demandante información suficiente sobre sus ingresos en sus declaraciones fiscales. Los procedimientos paralelos no constituyeron, por lo tanto, una prescrita duplicación de procedimientos de modo que no hubo violación del artículo 4 del Protocolo N.º 7 del CEDH.

¹⁸ Requisito este importante por lo que tiene de aproximación a la jurisprudencia del TJUE en la materia.

6. RELACIONES ENTRE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE Y DEL TEDH EN MATERIA DE *NE BIS IN IDEM*

Especialmente interesante a este respecto es la STJUE Akerberg, de 26 de febrero de 2013, en la que la autoridad administrativa de Hacienda de Suecia impone en 2007 al demandante un recargo fiscal de 35 542 coronas suecas por haber suministrado información falsa en sus declaraciones fiscales de 2004 y 2005. Exactamente con base en la misma información falsa suministrada, el fiscal sueco inicia un procedimiento en 2009 y el juez de primera instancia de Haparanda decide suspender el procedimiento y acudir en cuestión prejudicial al TJUE, planteando las siguientes cuestiones prejudiciales:

1. En derecho sueco se exige una base clara en la jurisprudencia del TEDH para que se puedan inaplicar disposiciones nacionales sobre la base de que violan el *ne bis in idem*. ¿Es eso contrario al derecho de la UE dado que este se basa en los principios de primacía y efecto directo?
2. ¿El recargo fiscal debe considerarse una sanción administrativa a los efectos de integrar el artículo 4 del Protocolo N.º 7 del CEDH y el artículo 50 de la CDFUE?
3. ¿Debe influir en la respuesta a la segunda cuestión el hecho de que exista la posibilidad en el proceso de reducir la sanción ya previamente impuesta en el administrativo?
4. ¿Es el sistema sueco compatible con el principio *ne bis in idem* cuando podría fácilmente establecerse un procedimiento de traslado por la administración y los juzgados contencioso-administrativos del asunto al juez penal para que el mismo impusiera una sola sanción?

El TJUE responde como sigue:

1. No le compete determinar ninguna cuestión relativa al TEDH dado que si bien los derechos humanos comprendidos en el CEDH son principios generales de la UE no son derecho de la UE al no haberse adherido la UE como tal al convenio. *Obiter dicta* señala que, si la pregunta se hubiera referido a la carta de derechos fundamentales, el derecho sueco sería contrario al de la UE dado que limitaría la independencia judicial para la interpretación en su caso con la ayuda del TJUE de la compatibilidad de la normativa sueca con la Carta de Derechos Fundamentales.

2. y 3. El TJUE considera que debe responder conjuntamente a estas dos preguntas y cuando lo hace señala lo siguiente: A fin de garantizar la percepción de todos los ingresos procedentes del IVA y así proteger los intereses financieros de la UE, los Estados disponen de libre elección de las sanciones aplicables, con lo que no es contrario a la UE en abstracto el que haya recargo fiscal y penal. Una vez sentado lo anterior, simplemente añade que debe recordarse (y esto tiene su importancia a la hora de comparar la jurisprudencia del TJUE y del TEDH porque, como puede observarse, son plenamente coincidentes con los que maneja el TEDH) que para apreciar la naturaleza penal de las sanciones fiscales, tres criterios son los pertinentes: el primero es la calificación jurídica de la infracción en derecho interno; el segundo, la naturaleza de la infracción, y el tercero, la naturaleza y la gravedad de la sanción. Y remata diciendo de nuevo, que dicha apreciación corresponde al tribunal nacional competente.

La cuestión prejudicial europea 5. según el TJUE entraría en la categoría de aquellas que de acuerdo con el derecho de la UE permiten destruir su presunción de pertenencia (caso *Paint Graphos*). Es decir, no es una cuestión de derecho de la Unión y por tanto no es procedente su contestación.

7. EL *NE BIS IN IDEM* EN LA JURISPRUDENCIA DEL TC

En el ordenamiento interno, el TC, después de mantener planteamientos contradictorios sobre la materia, en los que además tenía poco o nada en cuenta la jurisprudencia de los Tribunales Europeos, en la última sentencia sobre la cuestión, STC 2/2003 de 16 de enero (ponente Casas Baamonde) constituyó al *ne bis in idem* como un derecho fundamental de los ciudadanos que se puede residenciar en los arts. 24 y 25 de la CE, una opción que entiendo acertada.

Resumidamente, la cuestión que el demandante de amparo planteó al magno Tribunal y que dio origen a la sentencia que comentaré fue la siguiente:

El día 14 de abril de 1997, José, quien era reincidente, conducía su vehículo Ford por una carretera de La Coruña a velocidad anormalmente reducida y en zigzag, por lo que fue parado por la Guardia Civil, que le observó síntomas evidentes de haber ingerido alcohol y lo sometió a las pruebas de alcoholemia, arrojando un resultado positivo de 0,81 mg de alcohol por litro de aire espirado en las dos pruebas que se le practicaron. A consecuencia de lo anterior, la Guardia Civil, de una parte, dio traslado del atestado al Juzgado de Instrucción competente y, de la otra, a la Jefatura

Provincial de Tráfico. El Juzgado de lo Penal condenó a José a la pena de cinco meses de multa con una cuota diaria de mil pesetas y dos años de privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores¹⁹. Dicha condena fue ratificada por la AP de A Coruña. Por su parte, la Jefatura Provincial de Tráfico sancionó administrativamente a José en fecha anterior a la de la primera sentencia penal con multa de 50 000 ptas. y suspensión de la licencia de conducción por tiempo de dos meses. José recurrió en alzada dicha sanción, y la Dirección General de Tráfico le redujo en un mes la privación de licencia, pero mantuvo la sanción en la errónea creencia de que el proceso penal había terminado con resolución absolutoria por no haberse probado los hechos cuando en realidad aún no se había dictado la primera sentencia. José recurrió a la jurisdicción contencioso-administrativa, desistiendo de esta en fecha anterior a la primera sentencia penal.

Así las cosas, frente a la sentencia de la AP de A Coruña que zanjaba definitivamente el asunto, José solicitó el amparo del TC.

Lo primero que hace el magno Tribunal (en FJ 7.º de la STC comentada) es plantearse, como el TEDH dice que debe hacerse, si la infracción administrativa y el delito coinciden en sus elementos esenciales, ya que aquí, por un solo hecho se han sancionado dos ilícitos de manera consecutiva, cuando la sanción por el primero ya era firme (al haber desistido José de su recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa).

El TC señala que, como ya sostuvo en la STC 161/1997, de 2 de octubre, la conducción bajo la influencia de las drogas o del alcohol no solo constituye un comportamiento delictivo autónomo, sino también una forma de comportamiento imprudente que puede lesionar la vida y la integridad física de las personas, de modo que se dirige tendencialmente, según el magno Tribunal, también a la protección de estos bienes jurídicos²⁰.

¹⁹ Obtengo el dato de la propia STC. Obsérvese que, o bien el TC ha copiado mal la sentencia o bien esta es errónea y debió ser recurrida por el fiscal por infracción de ley. Si se aplica la agravante de reincidencia, la pena de privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores no puede ser inferior a dos años y seis meses, que tras la absorción o descuento de la sanción administrativa quedaría en dos años y cinco meses, y no en dos años.

²⁰ Al respecto, PÉREZ MANZANO, Mercedes. «El derecho fundamental a no padecer *bis in idem* y las sanciones en protección del medio ambiente», en JORGE BARREIRO, Agustín (dir.). *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente*. Granada: Comares 2005, p. 84., señala como el TC opta en la famosa sentencia por considerar (de acuerdo con un sector de la doctrina) que el bien jurídico del artículo 379 CP es de manera mediata la vida o integridad física de las personas. Es decir, el TC toma partido por la tesis del bien jurídico mediato sostenida, entre otros, por RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. *Código Penal de 1995 comentado*, 3.ª ed. Madrid: La Ley 1998, p. 688, frente a aquel sector doctrinal minoritario que considera la seguridad del tráfico como un bien jurídico en sí mismo.

Sin embargo, entiende que la infracción administrativa tiene carácter formal y se aplica de forma que pudiéramos llamar automática. Basta con acreditar, mediante la prueba de alcoholemia, que la ingestión de alcohol supera la tasa fijada de forma reglamentaria. No obstante, quizá porque la caracterización de la infracción administrativa le parece severa, matiza, cuando señala que ambas infracciones, administrativa y penal, comparten un elemento nuclear común —conducir un vehículo de motor habiendo ingerido alcohol, superando las tasas reglamentariamente determinadas—, y añade a continuación que se trata de un caso en el que el delito absorbe el total contenido de ilicitud de la infracción administrativa, pues el delito añade a dicho elemento común el riesgo para los bienes jurídicos de la vida e integridad física²¹. Por tanto, para el TC habría identidad de infracciones en los términos exigidos por el TEDH.

El siguiente paso, evidentemente, era decidirse entre declarar aplicable al ordenamiento jurídico español una norma, el art. 4 del Protocolo N.º 7 del CEDH, que no había sido incorporada formalmente a este²² o tratar de encontrar una salida autóctona a la cuestión. El TC se inclinó por esta segunda vía.

Así, con base en la afirmación de las diferencias entre el procedimiento administrativo sancionador español y algunos de sus homónimos europeos, nuestro magno Tribunal acabó sosteniendo que la interdicción constitucional de reabrir un segundo procedimiento sancionador cuando ha habido una resolución sancionadora firme en el primero no se extiende a cualesquiera procedimientos. En concreto, solo es extensible a aquellos en los que por su complejidad, o por la naturaleza y magnitud de la sanción a imponer, quepa afirmar que el sujeto se encuentra en posición tan gravosa como quien afronta un proceso penal. Es decir, como expone Pérez Manzano, el TC se aparta del TEDH, dado que solo admite *ne bis in idem* en el caso de efectiva imposición de dobles sanciones, no en el caso de doble reproche aflictivo ni de mera declaración de imposición de sanción seguida de abono o anulación de una de ellas.

²¹ Por mi parte, no tengo tan claro como el más alto de nuestros tribunales que el delito de peligro abstracto incorpore más riesgo para los bienes jurídicos protegidos que la infracción administrativa. Para la cercanía entre el peligro abstracto y la infracción administrativa, véase COMPAÑY CATALÁ, José Miguel. *La protección penal de la seguridad y salud en el trabajo*. Barcelona: UPF 2010, pp. 245 a 249.

²² España no ratificó el Protocolo N.º 7 del CEDH hasta el 1 de diciembre de 2009.

Por tanto, termina diciendo nuestro más alto Tribunal, solo en el supuesto de que los dos procedimientos sancionadores hayan sido sustanciados con las debidas garantías, existirá la garantía frente al doble procedimiento. Ello no se produce a día de hoy en la mayoría de las sanciones impuestas en el procedimiento sancionador administrativo y el proceso penal, por lo que deniega el amparo que José solicitaba, si bien parece dar a entender que como el ciudadano no tiene la culpa de que el procedimiento administrativo sancionador que está vigente en España no sea el adecuado, el ciudadano debe ver absorbida o compensada la sanción impuesta en vía administrativa en el interior de la sanción penal.

Es decir, quizá el TC habría optado por seguir al TJUE antes que al TEDH, lo que no deja de ser curioso, porque se trataba de un recurso de amparo y la última instancia en derechos fundamentales o derechos humanos es el TEDH.

En cierto modo, cabría coincidir de nuevo con Vervaele cuando señala que el TJUE, al aceptar el principio del descuento como compensación de la doble sanción, no está en consonancia (ni tiene por qué estarlo, me atrevería a añadir) con la jurisprudencia del TEDH.

Con posterioridad, el TC se ha vuelto a pronunciar sobre el *ne bis in idem* en el ATC 438/2016 de 11 de diciembre.

Curiosamente, en esta segunda ocasión, el TC utiliza el argumento de que el bien jurídico protegido por la infracción penal es más amplio que el que protege la infracción administrativa, para entender que, aunque los hechos y la cuestión a analizar era la misma, no procedía admitir a trámite el recurso de amparo.

Así, el TC señala en el auto citado que:

«Como se dice claramente en el fundamento jurídico II de la sentencia de instancia, no puede verse en el caso presente un *bis in idem* prohibido por la constitución, porque, aunque el hecho que llevó a la sanción de aislamiento en celda por tres días es el mismo que llevo a la sanción penal, el fundamento de la sanción impuesta en cada caso no es idéntico por razón de los diferentes intereses protegidos por cada sanción. El interés en preservar el principio de autoridad necesario para el servicio público —entendido como servicio a los ciudadanos, en el caso de la sanción penal—, y la necesidad de preservar el buen orden interno y el correcto funcionamiento de la prisión, en el caso de la sanción administrativa».

Puede verse, por tanto, que los jueces ordinarios y el TC continúan anclados en el pasado en el sentido de seguir analizando la triple identidad más allá de cualquier otra consideración. De nuevo hay que lamentar que por razones que desconozco, el caso no alcanzó el TEDH, puesto que, en mi opinión, el ATC en cuestión no supera los estándares de aplicación por el TEDH de los principios que motivan la violación del Artículo 4 del Protocolo N.º 7 del CEDH.

Hay que añadir que, si bien tratándose de un caso de derecho interno²³, no puede haber intervención del TJUE, tampoco creo que el auto supere los estándares de aplicación del *ne bis in idem* por el TJUE a través de los artículos 54 del CAAS y 50 de la CDFUE.

Así, si aplicamos el concepto de hechos materiales finalmente unánime o dominante en la jurisprudencia del TJUE, el hecho material es el mismo con independencia de su calificación jurídica. Es decir, hay un solo hecho, golpear a un funcionario de prisiones, que se sanciona dos veces.

Si nos centramos en la jurisprudencia del TEDH, instancia a la que el caso sí pudo llegar, como he puesto de manifiesto con anterioridad, lo primero a realizar es comprobar si de acuerdo con los criterios Engel, la sanción administrativa presenta carácter de sanción penal. Así, de acuerdo con el primero de los criterios dado que conforme a la clasificación legal interna es una sanción administrativa, no cabría en principio considerar una violación de *ne bis in idem*.

Sin embargo, las dudas son muchos mayores cuando nos centramos en el segundo de los criterios: naturaleza de la infracción.

El artículo 108 del RP 1201/81 aplicable en virtud de su mantenimiento expreso por el RP de 1996 por lo que hace a la clasificación de infracciones señala en su apartado b) que son faltas muy graves: «Agredir, amenazar o insultar a los funcionarios, autoridades u otras personas, tanto dentro del establecimiento como fuera del mismo si el recluso hubiese salido con causa justificada durante su internamiento».

Es decir, por mucho que, como señalan las resoluciones que comentamos, con la sanción se persiga el bien jurídico o el fin de mantener el orden y el correcto funcionamiento del centro penitenciario, lo cierto es que el verbo *agredir* tiene una naturaleza esencialmente penal, en el sentido de que según el resultado y los medios de la agresión constituirá un delito leve, menos grave o grave de lesiones, pero no se alcanza a ver qué otro

²³ Reglamento Penitenciario (RP), Ley Orgánica General Penitenciaria y CP en materia de atentado o agresión a un funcionario de prisiones, lo que no es objeto de regulación por normativa de la UE.

significado pueda tener la palabra agresión y más con relación al mantenimiento del orden como si pudieran tenerlo otras formas de alterarlo que no constituyan en sí otros delitos (tipo algarabía, griterío o protestas no autorizadas sin daño a las personas ni a los bienes).

Cuando creo que ya no existe duda alguna y dado que como también se ha puesto de manifiesto, de los tres criterios Engel los dos últimos son alternativos y no acumulativos, bastaría con que se cumpliera el tercer criterio. El criterio que hace referencia al grado de severidad de la sanción o pena con la que puede ser sancionada la persona autora de la infracción. La sanción es de aislamiento en celda. En el caso concreto fue de tres días, pero puede llegar a ser incluso de hasta catorce. La misma es una privación de libertad. Se podrá argumentar en contra que el autor de la infracción ya se haya privado de libertad, pero el régimen de aislamiento en celda tal como viene definido en el propio RP supone la privación de los paseos y las estancias en patio (libertad deambulatoria), la interrupción de las visitas para el caso de que el interno las tuviese y la suspensión de los permisos de salida si también los tuviese, cuestiones ambas que amén de a la libertad de movimientos afecta también a las relaciones personales y familiares del interno y por tanto a derechos fundamentales (artículo 18 CE y artículo 8 CEDH).

Por tanto, el TC desde mi punto de vista debió otorgar el amparo, aunque es cierto que el Protocolo N.º 7 al CEDH no fue ratificado por España hasta el día 1 de diciembre de 2009 y quizá la solución tuvo que haber sido descontar de la pena de prisión por atentado los tres días de aislamiento en celda.

Además, el TC continúa excluyendo la posibilidad de que concurra una violación del *ne bis in idem* si una relación de especial dependencia con la administración justificaba el castigo administrativo, es decir, en aquellos supuestos en los que se aplique la llamada responsabilidad disciplinaria. (STC 334/2015 de 20 de diciembre y ATC 141/2004 de 26 de abril). Esto (véase *Jussila vs. Finlandia*, de 2006, o *A. y B. vs. Noruega*, de 2017, ambas ya citadas) no es algo que esté completamente claro en el momento actual de evolución de la jurisprudencia del TEDH. Sin embargo, todo parece indicar que en un futuro también se considerará violación del *ne bis in idem* el hecho de aplicar una doble sanción a pesar de que una sea disciplinaria, salvo en supuestos de una especial sujeción más allá de la ordinaria de un funcionario público (embajadores o diplomáticos, por ejemplo).

8. CONCLUSIONES

Por tanto, una vez realizado el previo análisis, se puede extraer una serie de conclusiones generales sobre el principio *ne bis in idem* en el estado actual de la cuestión en el derecho español:

a) Al legislador y solo a él corresponde en qué rama de las dos en las que se divide el *ius puniendi* (derecho penal o derecho administrativo sancionador) queda integrada una infracción o un ataque a un bien jurídico y por tanto, la sanción que le corresponde. De ello resulta, además, que, si el legislador no cumple adecuadamente con su labor, lo que en España sucede con más frecuencia de la deseable y tipifica en las dos ramas una conducta, existirán problemas de interpretación y posible producción de *bis in idem*. En definitiva, parece que legislador y ejecutivo, que conforme a lo dispuesto en el artículo 53.1 CE vienen vinculados por los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Carta Magna, están obligados a extremar su diligencia tanto a la hora de la tipificación de infracciones y sanciones como en el momento de paralización del procedimiento administrativo sancionador.

b) En cuanto a esta última cautela, si no se cumple con ella, y dado que la sanción que se impone al ciudadano en el procedimiento penal lo es con todas las garantías, entiendo, *de lege ferenda*, que debería sin más procederse (bien por el tribunal penal, bien en último extremo por el TC) a anular la sanción administrativa sea anterior, simultánea o posterior a la penal, restituyendo al ciudadano en la forma que sea más adecuada y efectiva su patrimonio o los derechos eventualmente conculcados por la administración. Ello, en tanto en cuanto el *ne bis in idem* es un derecho fundamental del ciudadano. Por tanto, se puede ver cómo no debe dejarse al albur de la administración un derecho fundamental como el *ne bis in idem*, procediendo a dejar sin efecto de la manera más adecuada en derecho el erróneo actuar de la Administración. Es decir, el ciudadano no tiene por qué cargar con la errónea técnica legislativa de los poderes públicos frente al derecho fundamental que posee, y debe ser restituido en este por los tribunales. De este modo, no habría doble sanción y se respetaría el principio *ne bis in idem*, tal como viene configurado por el TEDH cuando interpreta el artículo 4 del Protocolo N.º 7 del CEDH.

c) Dado que en el momento actual de la cuestión los tribunales penales carecen de potestad para llevar a cabo esta anulación, debería legislarse para que así fuere. Habría sido conveniente que el TC lo hubiera puesto de manifiesto en su STC 2/2003 de 16 de enero (ponente Casas Baamonde).

Dado que no existe esa norma, cabría pensar que el ciudadano deberá ser compensado mediante la absorción de la sanción administrativa en la penal de la forma que le sea más favorable o menos gravosa. Sin embargo, no cabe desconocer que dicho principio si bien parece acorde con la jurisprudencia del TJUE, no esta tan claro que lo esté con la jurisprudencia del TEDH, que parecería que sigue considerando una violación del principio aunque se descuente la sanción. Dicha operación, una vez establecida la posibilidad de acudir al recurso de revisión para la ejecución de las sentencias del TEDH (LO 7/2015 de 7 de julio), parece que pasaría por esta vía.

Sin embargo, como hemos visto con anterioridad en *A y B vs. Noruega*, el TEDH señala que los Estados, en materias que no pertenecen al núcleo duro del derecho penal como puedan ser tráfico rodado o evasión fiscal, puede establecer un sistema con varios tipos de sanciones. Aunque también se deduce de lo sentenciado por el TEDH que el sistema tiene que ser coordinado en la sustancia y cercano en el tiempo. La primera premisa es posible, al menos en el tema impositivo, que se cumpla en el actual ordenamiento jurídico español. La segunda dista mucho de ser una realidad desde el momento en el que duran lo que duran las instrucciones penales sobre la materia. Por tanto, debería acelerarse también como método para evitar el *ne bis in idem*, el traspaso de la instrucción del procedimiento al Ministerio Público.

d) Dado que resulta evidente que el procedimiento administrativo sancionador al que se refiere el TC en su sentencia no es el realmente vigente en España, Pérez Manzano opina que la STC 2/2003 lo que ha hecho ha sido un planteamiento de futuro para el s. XXI. En todo caso, opiniones doctrinales al margen, desde mi punto de vista, sería más adecuado dotar de competencia a la jurisdicción penal para imponer en estos casos sanciones administrativas, como sucede en el modelo alemán.

9. TABLAS DE SENTENCIAS

RESOLUCIÓN	FECHA	PONENTE
STS	22/12/2003	Bacigalupo Zapater
ATC	141/2004 de 26/4	Viver Pi-Sunyer
ATC	438/2016 de 11/12	Casas Baamonde
STC	161/1997 de 2/10	
STC	2/2003 de 16/1	
STC	334/2015 de 20/12	

RESOLUCIÓN	FECHA	DEMANDANTE
STJUE	1/2/2003	Gozutok y Bruegge
STJUE	18/10/2007	Kraaijenbrink
STJUE	9/3/2006	Miraglia
STJUE	9/3/2006	Van Esbroeck
STJUE	27/7/2006	Bourguain
STJUE	22/12/2008	Turansky
STJUE	8/9/2011	Pacint Graphos
STJUE	26/2/13	Akerberg
STJUE	7/5/2014	Spasic
STJUE	5/6/2014	M.
STJUE	29/6/2016	Kossowski
STJUE	28/9/16	Gasparini y otros

RESOLUCIÓN	FECHA	DEMANDANTE Y ESTADO DEMANDADO
STEDH	8/6/1976	Engel vs. Holanda
STEDH	21/2/1984	Ozturk vs. Alemania
STEDH	25/8/1987	Lutz vs. Alemania
STEDH	23/10/1995	Gradinger vs. Osterreich
STEDH	30/7/1998	Oliveira vs. Suiza
STEDH (decisión de inadmisión)	14/9/1999	Ponsetti y Chenel vs. Francia
STEDH (decision de inadmisión)	30/5/2000	R. T. vs. Suiza
STEDH	29/5/2001	Franz Fischer vs. Osterreich
STEDH (decision de inadmisión)	7/6/2001	Nilsson vs. Suecia
STEDH	30/05/2002	W.F. vs. Osterreich
STEDH	6/6/2002	Sallun vs. Osterreich
STEDH	2/7/2002	Goktan vs. Francia
STEDH	9/10/2003	Ezeh y Connors vs. Reino Unido
STEDH	15/11/2006	Jussila vs. Finlandia
STEDH	4/3/2008	Garreta vs. Francia
STEDH	10/2/2009	Zolotukhin vs. Rusia
STEDH	25/6/2009	Movesti vs. Croacia
STEDH	31/5/2011	Kurdov e Ivanov vs. Bulgaria
STEDH	14/1/2014	Muslija vs. Bosnia-Herzegovina
STEDH	5/3/2014	Grande Stevens vs. Italia

STEDH	20/5/2014	Nykanen vs. Finlandia
STEDH	16/6/2016	Tarasov vs. Ucrania
STEDH	4/10/2016	Rivard vs. Suiza
STEDH	15/11/2016	A y B. vs. Noruega

BIBLIOGRAFÍA

- COMPANY CATALÁ, José Miguel. *La protección penal de la seguridad y salud en el trabajo*. Saarbrücken: Editorial Académica Española 2010.
- DEL REY GUANTER, Salvador. *Potestad sancionadora de la Administración y jurisdicción penal en el orden social*. Madrid: Ediciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social 1990.
- GIMENO SENDRA, Vicente. «Cuestiones prejudiciales devolutivas y *non bis in idem* en el proceso penal» 2011 [en línea]. *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 1. Disponible en www.iustel.com
- GORRIZ ROYO, Elena. *Sentido y alcance del ne bis in idem respecto a la preferencia de la jurisdicción penal en la jurisprudencia del TC (sobre todo en la STC 2/2003)*. Castellón: Ediciones de la Universitat Jaume I 1998.
- LELIEUR-FISCHER, Juliette. *La regle ne bis in idem. Du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive, étude à la lumière des droits français, allemand et européen*. París : Editions Université Panthéon I, Sorbone 2005.
- LLOPIS NADAL, Patricia. *El Mito de Europa* [en línea]. Disponible en elmitodeeuropa.blogspot.com.es [ref. 13 de noviembre de 2017].
- PARDO LÓPEZ, María Magnolia. «Tutela penal y administrativa del dominio público hidráulico, especial consideración de los aspectos problemáticos del principio *non bis in idem* en la jurisprudencia constitucional». CUESTA PASTOR, Pablo José y PERIS RIERA, Jaime Miguel (Coords.). *La tutela penal del agua*. Murcia: Ediciones de la Universidad de Murcia 2007, págs. 121-190.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes. «El derecho fundamental a no padecer *bis in idem* y las sanciones en protección del medio ambiente». JORGE BARREIRO, Agustín (director). *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente*. Granada: Comares 2005, págs. 73-108.
- PETRONIO, Francesca; HYERACI, Marilena; CONTESSO, Massimo. *The "Ne Bis in Idem" Principle among International Treaties and Domestic Rules: The Recent Case Law of the European Court of Human Rights on Italy*. Milán: Paul Hastings 2014.

- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (1998). *Código Penal de 1995 comentado*, 3.^a edición. Madrid: La Ley 1998.
- SANZ HERMIDA, Ágata María. «Aplicación transnacional de la prohibición del bis in idem en la UE». *Revista Penal* 2008, núm. 21.
- VAN BOECKEL, Willhem Baastian. *The ne bis in idem principle in EU law*. Ámsterdam: Ipskamp Drukkers 2009.
- VERVAELE, John A. E. *Ne bis in idem, ¿un principio transnacional de rango constitucional en la Unión Europea?* Barcelona: Indret 2014, n.º1.
- WASSMEIER, Martin. «The principle of ne bis in idem and its foundation in UE law». *Revue Internationale de Droit Penale* 2006, Vol. 77.

ATENTADOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR DE 2015: CUESTIONES TIPOLÓGICAS, CONCURSALES Y PENOLÓGICAS

Alfonso Barrada Ferreirós
Teniente coronel auditor–magistrado

SUMARIO

1. Introducción. 2. Antecedentes. 2.1. El Código Penal Militar de 1985. 2.2. Jurisprudencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. 3. Los nuevos tipos penales. 4. Cuestiones tipológicas. 4.1. Conductas entre militares del mismo empleo. 4.2. Desaparición de los delitos cualificados por el resultado. 4.3. Diferencias en la acción punible. Consecuencias. 4.4. *Non bis in idem*. 4.4.1. Delitos contra la disciplina. 4.4.2. Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares. 5. Cuestiones concursales. 5.1. La tesis del concurso ideal. La Sentencia de la Sala Quinta, de 20 de julio de 2016. 5.2. Delitos pluriofensivos y concurso ideal. 5.3. La regla penológica especial. 5.3.1. Los supuestos legales. 5.3.2. La regla del concurso real. 5.4. Concurso de normas. 6. Cuestiones penológicas. 6.1. Las penas en el nuevo Código Penal Militar. 6.2. La especial exigencia profesional del militar. 6.3. Algunas disfunciones penológicas. 6.3.1. El artículo 47. 6.3.2. Los artículos 48 y 50. 7. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El Código Penal Militar aprobado por la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, incorpora como novedad, dentro de las figuras clásicas de delitos contra la disciplina de insulto a superior y abuso de autoridad, la descripción y el castigo de conductas atentatorias contra la libertad e in-

demnidad sexuales, que no eran mencionadas en el Código Penal Militar de 1985¹.

Después de describir la acción de cada tipo delictivo —maltrato de obra, atentado contra la libertad sexual o trato degradante o inhumano— y la pena que le corresponde, los nuevos tipos penales utilizan la fórmula «sin perjuicio de las penas que correspondan por los resultados lesivos producidos o las agresiones y atentados contra la libertad e indemnidad sexuales efectivamente cometidos conforme al Código Penal». Con ello, se introduce en el ordenamiento penal militar una técnica normativa que, aunque ya está presente desde hace tiempo en el Código Penal, puede representar ciertas dificultades a la hora de aplicar los tipos penales castrenses, derivadas de los problemas concursales que surgen cuando se trata de castigar más de un delito.

Aunque todavía no contamos con jurisprudencia consolidada de la Sala Quinta del Tribunal Supremo sobre los nuevos tipos penales, el presente trabajo pretende plantear algunas de las cuestiones o problemas tipológicos, concursales y penológicos que pueden surgir en el proceso de aplicación de los nuevos tipos penales militares, dedicando especial atención a los tipos delictivos que atentan contra la libertad sexual, aunque se advierta ya que algunas de sus conclusiones puedan ser trasladables a otros tipos del nuevo Código Penal Militar.

En efecto, nos ocuparemos también, aunque de forma marginal, de otros preceptos semejantes —como el abuso de autoridad por maltrato de obra del nuevo artículo 46—, en los que, aunque no se castigan atentados contra la libertad o indemnidad sexuales, sí se prevé la necesidad de imponer, además de las penas propias del código castrense, las que correspondan con arreglo al Código Penal por los resultados lesivos efectivamente producidos.

2. ANTECEDENTES

2.1. EL CÓDIGO PENAL MILITAR DE 1985

El Código Penal Militar de 1985 castigaba los delitos contra la disciplina de los que aquí nos vamos a ocupar bajo los epígrafes de «insulto a superior» y «abuso de autoridad» comprendidos dentro del título V de su

¹ Ley Orgánica 13/1985 de 9 de diciembre.

libro II². Asumiendo que su transcripción pueda resultar innecesaria para la mayoría de los destinatarios de este trabajo, preferimos hacerlo en aras de una mayor claridad expositiva frente a quienes no se acercan con frecuencia a los problemas que plantean los tipos penales militares. Así, interesa ahora destacar los siguientes preceptos de aquel código hoy derogado (caracterizados por tratarse de delitos cualificados por el resultado):

INSULTO A SUPERIOR

Artículo 99

Fuera de los casos previstos en el artículo anterior [frente al enemigo, rebeldes o sediciosos o en tiempo de guerra], el militar que maltratare de obra a un superior será castigado:

1.º Con la pena de quince a veinticinco años de prisión, si resultare la muerte del superior.

2.º Con la de cinco a quince años de prisión, si le causare lesiones graves.

3.º Con la de tres meses y un día a cinco años de prisión en los demás casos.

Artículo 100

El militar que pusiere mano a un arma ofensiva o ejecutare actos o demostraciones con tendencia a maltratar de obra a un superior será castigado:

1.º Con la pena de tres a diez años de prisión, si el hecho fuere ejecutado en los supuestos del párrafo primero del artículo 98 [frente al enemigo, rebeldes o sediciosos o en tiempo de guerra].

2.º Con la de tres meses y un día a tres años de prisión, en los demás casos.

Artículo 101

El militar que, sin incurrir en los delitos previstos en los artículos anteriores, coaccionare, amenazare o injuriare en su presencia, por escrito o

² La estructura de ese título V del libro II (que se reproduce exactamente en el título II del libro II del Código Penal Militar de 2015) era la siguiente:

Cap. I. Sedición

Cap. II. Insubordinación

Sec. 1.ª Insulto a superior

Sec. 2.ª Desobediencia

Cap. III. Abuso de autoridad

con publicidad a un superior será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.

ABUSO DE AUTORIDAD

Artículo 103

El superior que, abusando de sus facultades de mando o de su posición en el servicio, irrogare un perjuicio grave al inferior, le obligare a prestaciones ajenas al interés del servicio o le impidiere arbitrariamente el ejercicio de algún derecho será castigado con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión.

Artículo 104

El superior que maltratare de obra a un inferior será castigado con la pena de tres meses y un día a cinco años. Si causare a la persona objeto del maltrato lesiones graves, se impondrá la pena de cinco a quince años de prisión. Si le causare la muerte, se impondrá la pena de quince a veinticinco años.

Artículo 106

El superior que tratare a un inferior de manera degradante o inhumana será castigado con la pena de tres meses y un día a cinco años de prisión.

Como se advierte, ninguno de estos artículos —ni ningún otro de los del Código Penal Militar de 1985— contenía la descripción expresa de conductas que atentasen contra la libertad e indemnidad sexuales (acosos, abusos o agresiones sexuales).

Varias son las razones que pueden ofrecerse para justificar la ausencia en esos tipos penales de tales conductas, entre las que aquí destacamos las siguientes:

El código se aprobó en un momento en el que no se había producido todavía la incorporación de la mujer a los Ejércitos y la Armada³, con lo

³ Este importante hito se produjo de manera progresiva; comenzó mediante el Real Decreto Ley 1/1988, de 22 de febrero, por el que se regula la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas; si bien en ese momento inicial solo se contemplaba la posibilidad de su ingreso en ciertos cuerpos y escalas auxiliares de los de mando y con los empleos de oficiales y suboficiales. Una vez aprobada la Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, el Real Decreto 984/1992, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Tropa y Marinería profesionales de las Fuerzas Armadas, estableció por primera vez la posibilidad de ingreso de la mujer en esas escalas de tropa y marinería, si bien su artículo 25 limitaba su presencia a determinados desti-

que era difícil de advertir la necesidad del castigo de esas conductas en forma distinta a la del maltrato de obra.

Hasta la reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, no se introdujo en el Código Penal (Texto Refundido de 1973) el concepto del bien jurídico de la libertad sexual como un componente del derecho a la libertad del individuo⁴.

En aquel ya lejano año 1985 todavía no se advertía el enorme reproche social que en los últimos años han conocido las conductas de acoso y violencia de carácter sexual, muy especialmente las que se producen contra la mujer.

Pese a ello, en este punto es ineludible recordar que el Código Penal Militar de 1985 fue pionero en el ordenamiento jurídico español en el tratamiento penal de los tratos inhumanos y degradantes, al castigar su

nos. Finalmente, tras la aprobación de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, el Real Decreto 66/2000, de 21 de enero, por el que se modifican las condiciones de acceso a Militar Profesional de Tropa y Marinería de las Fuerzas Armadas, estableció la igualdad absoluta en cuanto a destinos entre hombres y mujeres en las Fuerzas Armadas.

⁴ La referencia a la *indemnidad sexual* como bien jurídico protegido fue incorporada al Código Penal mediante la importante reforma operada por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, cuya exposición de motivos justificaba el cambio en el epígrafe del título VIII del libro II (que pasaba a ser *delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*) y los nuevos tipos introducidos en este acudiendo «a las exigencias de la sociedad nacional e internacional en relación con la importancia de los bienes jurídicos en juego, que no se reducen a la expresada libertad sexual, ya que también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos». En su actual redacción, el Código Penal contiene un capítulo II bis, dentro de aquel Título VIII, dedicado a los abusos o agresiones sexuales a menores de dieciséis años, aunque emplea indistintamente la expresión “libertad e indemnidad sexuales” a lo largo de todo el articulado del Título VIII.

Por otra parte, el artículo 15.1 del Real Decreto 35/2010, de 15 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Ingreso y Promoción y de Ordenación de la Enseñanza de Formación en las Fuerzas Armadas, al regular los requisitos generales de los aspirantes, establece que «para participar en los procesos de selección para cursar las enseñanzas de formación, los aspirantes deberán reunir los requisitos generales siguientes: [...] f) Tener cumplidos o cumplir en el año de la convocatoria los dieciocho años de edad [...]»; y, para el caso de quienes acceden a esa enseñanza de formación siendo todavía menores de edad, continúa diciendo “[...] aunque su incorporación o adscripción a una escala quedarán supeditadas a tener cumplidos los 18 años de edad». Estamos, por tanto, ante unas Fuerzas Armadas compuestas por mayores de edad, con muy escasas excepciones, de individuos de diecisiete años, que pueden producirse únicamente durante períodos de formación.

artículo 106 al «superior que tratare a un inferior de manera degradante o inhumana»⁵.

En el ordenamiento penal común se necesitaron diez años más para la tipificación de tales conductas con carácter general, ya que no fue hasta la aprobación del nuevo Código Penal de 1995⁶ cuando se incorporó a dicho texto un título VII del libro II dedicado a las «Torturas y otros delitos contra la integridad moral», en el que se castigaban, entre otros delitos, al «que infligiere a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral» (artículo 173)⁷ y a la «la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo y fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior [torturas], atentare contra la integridad moral de una persona» (artículo 175)⁸.

Pues bien, fue al amparo de aquel artículo 106 del Código Penal Militar de 1985 (abuso de autoridad por trato degradante o inhumano a un subordinado) bajo el que empezaron a castigarse las conductas en las que, mediando una relación jerárquica, un superior atentaba contra la libertad sexual de un subordinado cuando la jurisdicción militar empezó a conocer de ellas.

⁵ Entre los antecedentes de dicho precepto se suelen mencionar la derogada Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante (texto articulado aprobado por Ley de 22 de diciembre de 1955; BOE de 25 de diciembre), cuyo artículo 40 castigaba al «Capitán, Oficial o Contramaestre que realice alguno de los actos siguientes: Primero. Someter a la dotación o pasajeros a incomodidades o restricciones no debidas e innecesarias o hacerles objeto de cualquier vejación notoria»; y la Ley 209/1964, de 24 de diciembre, Penal y Procesal de la Navegación Aérea, cuyo artículo 51 castigaba —y castiga, pues sigue en vigor— al «Comandante o individuo de la tripulación que veje, ofenda o someta a un pasajero a medidas no autorizadas por el Reglamento».

⁶ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

⁷ Desde su redacción original, el artículo 173 ha conocido tres reformas para incorporar el castigo: de la violencia doméstica habitual del antiguo artículo 153 (Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros); del acoso laboral e inmobiliario (Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal); y de las injurias y vejaciones leves, tras la desaparición de las faltas por virtud de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

⁸ Téngase presente que ese Título VII del Código Penal referido a los delitos contra la integridad moral, concluye con la previsión del artículo 177 conforme al cual: «Si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la ley». Como se verá, los delitos contra la disciplina en el nuevo Código Penal Militar reproducen esta técnica normativa, pero no lo hacen en un precepto final común a los anteriores, sino en cada uno de los tipos concretos y mediante el empleo de la frase «sin perjuicio de las penas que correspondan por...», menos clara que la de «se castigarán los hechos separadamente...».

Ya en 1988 Rodríguez-Villasante y Prieto, en su detallado estudio de los delitos de abuso de autoridad incorporados al Código Penal Militar de 1985, había señalado de forma incidental, al ocuparse de la acción típica del artículo 106, que:

«No debemos olvidar que un solo acto (brutal, cruel, humillante o deshonroso) puede ser calificado de trato inhumano y degradante si tiene la intensidad suficiente para ello. Nos referimos concretamente a los abusos sexuales cometidos por un superior con un subordinado del mismo sexo, delito que ciertamente puede ser calificado de muy diversa manera (art. 103), pero que puede integrar la infracción que comentamos»⁹.

Unos años después, tras analizar la forma en la que el Código Penal de 1995 castigaba los delitos contra la libertad sexual, Suárez Leoz ponía de relieve el hecho de que «no deja de presentar dificultades el responder a la pregunta de si estas conductas contrarias a la libertad sexual de la persona pueden subsumirse en alguno de los tipos previstos en nuestro Código Penal Militar [de 1985]», dado que «no existe ningún tipo penal militar que describa específicamente la conducta del militar que cometiere alguno de los hechos susceptibles de quedar incardinados en el título VIII del libro II del Código Penal». No obstante, después de un breve análisis de la cuestión, que concluía en el estudio del tipo del artículo 106 de aquel Código Penal Militar, el autor terminaba afirmando que:

«Desde nuestro punto de vista, no existe duda alguna [acerca de] que las conductas que estudiamos constituyen un atentado a la dignidad de la persona, ya que utilizar a un inferior como objeto de satisfacción del instinto sexual le rebaja como persona, lo cosifica y le limita su libertad, conducta tanto más reprochable en el ámbito de las Fuerzas Armadas, donde se dan las circunstancias de jerarquía y disciplina¹⁰. Desde esta conclusión, no existe duda que estas conductas pueden quedar perfectamente incardinadas dentro del art. 106 del Código Penal Militar»¹¹.

⁹ RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J. L. «Delito de abuso de autoridad (Artículos 103 a 106)». BLECUA FRAGA, Ramón; RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J. L. (Coords.) *Comentarios al Código Penal Militar*. Madrid: Editorial Civitas 1988, p. 1412.

¹⁰ Más que *circunstancias*, la jerarquía y la disciplina son el principio básico de organización de la institución militar y la regla de conducta esencial de sus miembros.

¹¹ SUÁREZ LEUZ, D. «Conductas contra la libertad sexual en el Código Penal Militar». PÉREZ ESTEBAN, Fernando (dir.). *El Derecho Penal y Procesal Militar ante la reforma de las normas comunes. Estudios de Derecho Judicial 5/1996*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial 1997, pp. 867, 868 y 872 (obra en la que se recogen las ponencias y comunicaciones presentadas en el curso de formación del Consejo de 1996 del mismo título).

2.2. JURISPRUDENCIA DE LA SALA QUINTA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Como ya hemos señalado, fue en esos *tratos inhumanos o degradantes* del artículo 106 del Código Penal Militar de 1985 en los que los tribunales militares, primero, y la jurisprudencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, después, fueron cobijando aquellos supuestos en los que un superior hacía objeto a un subordinado de conductas atentatorias contra la libertad e indemnidad sexuales, ya fuesen en forma de acosos, abusos o agresiones¹².

Habrà que volver a recordar que el Código Penal Militar de 1985 se promulga en un momento en el que no se ha producido todavía la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas, por lo que las conductas de aquella naturaleza que podrían enjuiciarse en los primeros años por los órganos de la nueva jurisdicción militar serán exclusivamente entre varones, comprendiendo tanto las que pudieran tener como motivación la satisfacción de un deseo sexual (de escasa incidencia por lo que conllevaban en esa época en el seno de las Fuerzas Armadas) como las que, teniendo su origen en otras motivaciones —como las novatadas—, la acción tuviera un componente de atentado contra la libertad sexual del sujeto pasivo.

Así, por ejemplo, nos encontramos, entre las primeras sentencias, con la del Sumario 13/409/87 del Tribunal Militar Territorial Primero (Madrid), de 28 de septiembre de 1989, en la que se condenó a un suboficial a la pena de dos años de prisión por un delito continuado de abuso de autoridad del artículo 106 del Código Penal Militar, por hechos que hoy en día podrían ser calificados como de acoso sexual sobre un cabo y cuatro soldados; sentencia que no fue recurrida en casación.

Todavía en fecha tan avanzada como 1996 Suárez Leoz ponía de relieve que «no existe aún jurisprudencia [de la Sala Quinta] del Tribunal Supremo que avale esta postura de inclusión de actos contra la libertad sexual de un subordinado como delito de abuso de autoridad del art. 106 del Código Penal Militar, o incluso del art. 103 del mismo texto legal»¹³.

En la revisión que nosotros hemos realizado, la primera sentencia de la Sala Quinta que castiga por ese artículo 106 unos hechos con connotacio-

¹² En la aplicación de ese artículo 106, nos referimos en este trabajo exclusivamente a la labor de los Tribunales Militares surgidos de la reforma de la jurisdicción militar operada mediante la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar —con la nueva Sala Quinta del Tribunal Supremo a la cabeza—, que comenzaron su andadura con la entrada en vigor de esta el 1 de mayo de 1988.

¹³ *Op. cit.*, p. 872. El art. 103 del Código Penal Militar de 1985 castigaba al «superior que, abusando de sus facultades de mando o de su posición en el servicio, irrogare un perjuicio grave al inferior, le obligare a prestaciones ajenas al interés del servicio o le impidiere arbitrariamente el ejercicio de algún derecho».

nes atentatorias contra la libertad sexual parece ser la de 16 de octubre de 1995¹⁴, si bien se trataba de un caso de novatadas en las que la satisfacción del deseo sexual no parecía ser el principal motivo del delito; y la primera que se ocupa de una conducta propiamente de esta naturaleza parece ser la sentencia de 29 de abril de 1997, a la que siguen las de 25 de noviembre de 1998, 30 de septiembre y 20 de diciembre de 1999, 23 de enero y 2 de octubre de 2001, 23 de enero, 28 de marzo, 7 de abril y 12 de diciembre de 2003, 21 de junio de 2004 y 1 de diciembre de 2006¹⁵, por citar las primeras con las que se forma y consolida la doctrina de la Sala¹⁶.

Pese a que las sentencias que citamos son demostrativas de que veinte años después de la promulgación del Código Penal Militar de 1985 ya se había asumido el castigo por el artículo 106 de conductas atentatorias contra la libertad sexual cuando mediase una relación jerárquica entre autor y víctima, también hay que recordar que en la etapa inicial de vigencia de aquel código la jurisdicción militar no conocía de conductas que hoy en día se incardinan en aquel precepto sin ningún género de dudas; y, así, puede citarse como ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 28 de diciembre de 1993, que condenó a un oficial de la Guardia Civil a pena de prisión menor como autor de un delito del artículo 430 del Código Penal de 1973 (agresión sexual no constitutiva de violación), con la concurrencia de prevalimiento de carácter público, al declarar probado que el oficial, encontrándose en el pabellón donde residía habitualmente la víctima, una guardia civil eventual, sorpresivamente y cuando esta se encontraba de espaldas, procedió a abrazarla con el brazo izquierdo, tocándole con la mano los pechos a la vez que con la mano derecha le tocaba el pubis; por último, y cuando ante la negativa de la víctima, el oficial se disponía a marcharse, metió su mano por debajo del jersey tocando el estómago de la víctima, todo ello sin el

¹⁴ Ponente Sr. Jiménez Villarejo. ECLI:ES:TS:1995:5081.

¹⁵ Respectivamente: ponente Sr. Bermúdez de la Fuente. ECLI:ES:TS:1997:3030; ponente Sr. Pérez Esteban. ECLI:ES:TS:1998:7051; ponente Sr. Calderón Cerezo. ECLI:ES:TS:1999:5981; ponente Sr. García Lozano. ECLI:ES:TS:1999:8258; ponente Sr. Pérez Esteban. ECLI:ES:TS:2001:311; ponente Sr. Pérez Esteban. ECLI:ES:TS:2001:7438; ponente Sr. Calvo Cabello. ECLI:ES:TS:2003:278; ponente Sr. Corrales Elizondo. ECLI:ES:TS:2003:2170; ponente Sr. Aparicio Gallego. ECLI:ES:TS:2003:2399; ponente Sr. Corrales Elizondo. ECLI:ES:TS:2003:8022; ponente Sr. Calderón Cerezo. ECLI:ES:TS:2004:4282; y ponente Sr. Corrales Elizondo. ECLI:ES:TS:2006:7691.

¹⁶ La última sentencia citada, de 1 de diciembre de 2006, realiza una revisión parcial de las sentencias anteriores de la propia Sala Quinta sobre condenas por el delito del artículo 106 por actos contra la libertad sexual. La revisión que aquí hemos hecho de las primeras sentencias de la Sala —posiblemente también incompleta— puede enlazarse cronológicamente con la que llevaron a cabo, a partir de esa misma sentencia de 1 de diciembre de 2006. HERRERO-TEJEDOR ALGAR F.; PASCUAL SARRÍA F.L. *Código Penal Militar, Legislación complementaria, jurisprudencia, comentarios y concordancias*, Madrid: Editorial Colex 2011.

consentimiento de esta¹⁷. Diez años después, es la jurisdicción militar la que conoce de un hecho semejante, como se comprueba con la lectura de la sentencia de la Sala Quinta de 12 de diciembre de 2003 (ya citada en el párrafo anterior), condenando por el artículo 106 del Código Penal Militar de 1985 a un guardia civil que —como superior funcional— realiza servicio con una compañera en una dependencia cerrada y a la que agarra por los hombros, la inmoviliza y consigue besarla forcejeando con ella.

Otra muestra de que la subsunción de los hechos de esta naturaleza en el Código de 1985 fue progresiva es que, producida ya la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas a finales de la década de 1980, durante cierto tiempo —que se extendió hasta inicios del nuevo siglo— se entendió que las más graves agresiones sexuales, las violaciones, no eran competencia de la jurisdicción militar aunque se produjeran entre militares de distinto empleo, al considerar que la antijuridicidad de la violación no estaba comprendida en los márgenes del delito del artículo 106 del Código Penal Militar de 1985; con lo que se producían las correspondientes inhibiciones de los procedimientos judiciales militares iniciados en favor de la jurisdicción ordinaria o, en su caso, la remisión de las diligencias de investigación del fiscal a la Fiscalía de la correspondiente Audiencia Provincial¹⁸.

Nos estamos refiriendo siempre al abuso de autoridad del artículo 106 —que castigaba los supuestos en los que un superior hace objeto a un subordinado de un trato degradante o inhumano— porque son ciertamente escasos los supuestos en los que la Sala Quinta del Tribunal Supremo se ha enfrentado a delitos de insulto a superior en los que la acción del subordinado sobre el superior tenga una clara connotación sexual, siendo sin duda la más destacada —y posiblemente la única hasta ahora— la sentencia de 16 de julio de 2013¹⁹ por un delito de violación de un marinero a una cabo a bordo de un buque de la Armada; sentencia que también fue la primera dictada en la moderna jurisdicción militar por un delito de violación.

A diferencia de lo que ocurría con los delitos de abuso de autoridad en el Código Penal Militar de 1985 —entre los que se incluían los tratos degradantes o inhumanos a subordinados—, en el caso de los delitos de insulto a superior no preveía el cun tipo semejante, limitándose a castigar el maltrato de obra (cualificado por el resultado: muerte; lesiones graves; o

¹⁷ Citada por SUÁREZ LEOZ, *Op. cit.* p. 874.

¹⁸ Como fue el caso de las Diligencias Informativas núm. 03/2002 de la Fiscalía del Tribunal Militar Territorial Primero (Madrid), que, iniciadas por la denuncia de una soldado contra un oficial por un supuesto delito de violación, fueron remitidas a la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Cáceres por decreto de 26 de noviembre de 2002.

¹⁹ Ponente Sr. Menchén Herreros. ECLI: ES:TS:2013:4305.

los demás casos), los actos con tendencia al maltrato de obra y las coacciones, amenazas o injurias a superior en determinados casos. Por ello, en el caso de la violación de un subordinado sobre una superior, antes comentado, el castigo tenía que pasar por tipificar los hechos como constitutivos de un maltrato de obra a superior del artículo 99.3º del Código Penal Militar de 1985 y, simultáneamente, como un delito de violación del artículo 179 del Código Penal y castigar finalmente por este en virtud de la regla específica del artículo 12.1 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, con arreglo al cual:

«Salvo lo dispuesto en el artículo 14 [delitos conexos], en todos los demás casos la Jurisdicción Militar conocerá de los delitos comprendidos en el Código Penal Militar, incluso en aquellos supuestos en que siendo susceptibles de ser calificados con arreglo al Código Penal, les corresponda pena más grave con arreglo a este último, en cuyo caso se aplicará este».

Así, la ya comentada sentencia de la Sala Quinta de 16 de julio de 2013 establecía (FD 7.º) que:

«[...] en este supuesto [...] tanto el requerimiento de inhibición efectuado por el Juzgado Togado Territorial n.º 24 en la fase instructora (y aceptado por el Juzgado de Instrucción de la jurisdicción ordinaria con aquietamiento de la parte aquí recurrente) como la acusación fiscal efectuada en la fase plenaria y decisoria ante el Tribunal Militar Territorial Segundo, estuvieron sólidamente basados en la reseñada incardinación de los hechos en la infracción militar tipificada en el art. 99.3º del Código Penal Militar, con independencia de que, por resultar susceptible también de incardinación en la infracción común tipificada en el art. 179 del Código Penal y por aplicación de la previsión normativa contenida en el art. 12.1 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, terminasen siendo calificados y condenados con arreglo a este último precepto.

El “juicio de tipicidad” a que se prestan los hechos declarados probados, es resaltado acertadamente y de forma arreglada a derecho en la fundamentación jurídica sentencial de instancia, y posibilita su subsunción no solo en la infracción militar tipificada en el art. 99.3º del Código Penal Militar, sino, también, simultáneamente (aunque en relación de alternatividad), en la infracción común tipificada en el art. 179 del Código Penal».

En definitiva, pocos —acaso solo uno— han sido los casos en los que un subordinado ha sido condenado por la jurisdicción militar conforme al Código Penal Militar de 1985 por actos que supusieran un atentado contra la libertad sexual de un superior jerárquico. En tales

casos, los hechos deberían incardinarse, bien en el maltrato de obra del artículo 99 de aquel código —para los supuestos de agresiones o abusos sexuales—, bien en los actos con tendencia al maltrato de obra o en las amenazas y coacciones de los artículos 99 y 100 —para los supuestos de acosos sexuales—; y dejando siempre abierta la posibilidad de terminar castigando por los correspondientes artículos del Código Penal por virtud de la regla del artículo 12.1 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar.

La promulgación del nuevo Código Penal Militar de 2015, como ahora veremos, ha cambiado radicalmente el panorama, tipificando expresamente conductas contrarias a la libertad sexual entre las susceptibles de integrar los delitos de insulto a superior y abuso de autoridad y ha creado incluso un tipo de nuevo cuño para castigar los supuestos en los que tales conductas se dan entre militares del mismo empleo.

3. LOS NUEVOS TIPOS PENALES

Dos son los títulos del libro II del nuevo Código Penal Militar en los que se incardinan los preceptos de los que nos vamos a ocupar en este trabajo: el título II, que castiga los delitos contra la disciplina, reproduciendo el mismo esquema que contenía el título V del código de 1985 —sedición, insulto a superior, desobediencia y abuso de autoridad—, y el título III, de nuevo cuño, que castiga los supuestos en los que las conductas lesivas equivalentes se producen entre militares del mismo empleo entre quienes no media una relación jerárquica de subordinación.

Para dotar de coherencia a este trabajo, transcribimos a continuación los artículos concretos de esos títulos que serán objeto de comentario junto con aquellos otros que, pese a no contener la fórmula del «sin perjuicio de la pena que corresponda por...», sí describen conductas que atentan contra la libertad sexual.

TÍTULO II. Delitos contra la disciplina

[...]

CAPÍTULO II. Insubordinación

Sección 1.ª Insulto a superior

Artículo 42.

1. El militar que maltrata de obra a un superior o *atentare contra su libertad o indemnidad sexuales*, será castigado con la pena de seis meses a cinco años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de

empleo y sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos o *las agresiones y otros atentados contra la libertad o indemnidad sexuales efectivamente cometidos, conforme al Código Penal [...]*.

CAPÍTULO III. Abuso de autoridad

Artículo 45.

El superior que, abusando de sus facultades de mando o de su posición en el servicio, irrogare un perjuicio grave a un subordinado, le obligare a prestaciones ajenas al interés del servicio o le impidiere arbitrariamente el ejercicio de algún derecho será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión.

Artículo 46.

El superior que maltratare de obra a un subordinado será castigado con la pena de seis meses a cinco años de prisión, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos conforme al Código Penal.

Artículo 47.

El superior que tratare a un subordinado de manera degradante, inhumana o humillante, o *realizare actos de agresión o abuso sexuales*, será castigado con la pena de seis meses a cinco años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo, sin perjuicio de las que correspondan por los resultados lesivos producidos o *las agresiones y otros atentados contra la libertad o indemnidad sexuales efectivamente cometidos, conforme al Código Penal*.

Artículo 48.

El superior que, respecto de un subordinado, realizare *actos de acoso tanto sexual y por razón de sexo* como profesional, le amenazare, coaccionare, injuriare o calumniare, atentare de modo grave contra su intimidad, dignidad personal o en el trabajo, o realizare actos que supongan discriminación grave por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, orientación sexual, religión, convicciones, opinión, discapacidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, será castigado con la pena de seis meses a cuatro años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo.

TÍTULO III. Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas por los militares

Artículo 49.

El militar que, sin incurrir en los delitos de insulto a superior o abuso de autoridad, públicamente, en lugares afectos a las Fuerzas Armadas o a

la Guardia Civil o en acto de servicio, maltratare de obra a otro militar, le tratare de manera degradante, inhumana o humillante, o *realizare actos de agresión o de abuso sexuales*, será castigado con la pena de seis meses a tres años de prisión, sin perjuicio de las penas que le puedan corresponder por los resultados lesivos producidos o *las agresiones y otros atentados contra la libertad o indemnidad sexuales efectivamente cometidos, conforme al Código Penal*.

Artículo 50.

El militar que, sin incurrir en los delitos de insulto a superior o abuso de autoridad, públicamente, en lugares afectos a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil o en acto de servicio, impidiere o limitare arbitrariamente a otro militar el ejercicio de los derechos fundamentales o libertades públicas, realizare *actos de acoso tanto sexual y por razón de sexo* como profesional, le amenazare o coaccionare, le injuriare gravemente o le calumniare, atentare de modo grave contra su intimidad, dignidad personal o en el trabajo, realizara actos que supongan grave discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, orientación sexual, religión, convicciones, opinión, discapacidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, será castigado con la pena de seis meses a dos años de prisión.

La técnica utilizada por el Código Penal Militar, al establecer una pena para las conductas que atenten contra la disciplina o contra los derechos de los militares (en el caso de conductas entre los de igual empleo) y otra para los resultados lesivos producidos o las agresiones y otros atentados contra la libertad o indemnidad sexuales efectivamente cometidos, obliga a que, a partir de ahora, en cada caso en que la jurisdicción militar se enfrente a unos hechos de esa naturaleza, será obligado aplicar, además de los tipos del Código Penal Militar, los que correspondan del Código Penal según sea la naturaleza y características de la acción y el resultado que ella ha producido: ya sea un atentado contra la vida, contra la integridad física o contra la libertad sexual de la víctima.

En este comentario nos vamos a ocupar de algunas de las muchas cuestiones que sin duda irán surgiendo en la aplicación de estos tipos penales y que hemos agrupado en tres apartados: aquellas cuestiones que se plantean respecto de los propios tipos penales; aquellas cuestiones concursales que pueden surgir de la necesidad de aplicación de preceptos de ambos códigos, y aquellas relativas a las penas a aplicar ante los nuevos tipos penales castrenses. En cualquier caso, debemos advertir que el

corto plazo de vigencia del nuevo Código Penal Militar hace que todavía la Sala Quinta del Tribunal Supremo no se haya pronunciado sobre el fondo de estos nuevos tipos, por lo que el tratamiento de las cuestiones que aquí realizaremos será en gran parte teórico y obligará a su replanteamiento una vez que se analicen las que la práctica irá poniendo encima de la mesa.

4. CUESTIONES TIPOLÓGICAS

4.1. CONDUCTAS ENTRE MILITARES DEL MISMO EMPLEO

Como ya hemos dicho, los artículos 42.1 y 47 a 50 del nuevo Código Penal Militar castigan las conductas que atentan contra la libertad sexual tanto cuando se produzcan entre militares de distinto empleo y, por ello, lesionando el bien jurídico de la disciplina, —delitos de insulto a superior o abuso de autoridad—, como cuando se produzcan entre militares del mismo empleo, en lo que el nuevo Código Penal Militar ha dado en describir con la larga expresión de «delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas por los militares» y que no son otra cosa que las conductas que se han incluido en los tipos anteriores de insulto a superior y abuso de autoridad cuando son cometidas entre militares del mismo empleo entre quienes no media una relación jerárquica de subordinación.

En efecto, la frase «sin incurrir en los delitos de insulto a superior o abuso de autoridad», que utilizan los artículos 49 y 50 del Código Penal Militar, limita —sin decirlo expresamente— las conductas que en ellos se castigan a las que puedan darse entre militares del mismo empleo entre quienes no medie una relación jerárquica de subordinación, pues en otro caso se cometería alguno de esos dos delitos contra la disciplina.

Ya el artículo 162 del Código Penal Militar de 1985 —que se encuadraba entre los delitos contra el decoro militar²⁰— castigaba al «Oficial General, Oficial o Suboficial que públicamente agrediese a otro militar», conducta que, por la misma razón anterior, solo podía residenciarse en ese precepto cuando tuviera lugar entre militares del mismo empleo. Ciertamente limitado era este tipo penal, pues, además de excluir de su autoría

²⁰ Capítulo VIII del título VI. «Delitos contra los deberes del servicio», del libro II.

a las clases de tropa y marinería (en un momento histórico en el que la inmensa mayoría de ellas no era profesional, sino de reemplazo), se limitaba a castigar la *agresión* (maltrato de obra) y solo en los supuestos en que esta se realizase públicamente.

Por ello, puede decirse que los actuales artículos 49 y 50 castigan delitos en gran parte de nuevo cuño, respecto de los que el propio preámbulo del Código Penal Militar de 2015 señala que:

«Una de las novedades más relevantes del presente Código es la incorporación del título III que castiga los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares, otorgando adecuada protección penal a tales derechos y libertades al tiempo que cumple con el mandato expresado en el apartado 3 de la disposición final octava de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas».

Se castiga en esos preceptos, cuando se producen entre militares del mismo empleo, el maltrato de obra, el trato degradante, inhumano o humillante, la realización de actos de agresión o de abuso sexuales (artículo 49), así como el impedir o limitar arbitrariamente a otro militar el ejercicio de los derechos fundamentales o libertades públicas, la realización de actos de acoso tanto sexual y por razón de sexo como profesional, las amenazas o coacciones, las injurias graves, las calumnias, los atentados de modo grave contra su intimidad, dignidad personal o en el trabajo y la realización de actos que supongan grave discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, orientación sexual, religión, convicciones, opinión, discapacidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (artículo 50).

Además de prever la posibilidad de que el sujeto activo sea cualquier militar —ya no solo los oficiales y suboficiales, como en el código de 1985—, característica esencial de estos tipos penales militares —y limitación lógica para el ámbito de competencia de la jurisdicción militar— es que aquellas acciones se produzcan en alguna de las situaciones o lugares siguientes:

- públicamente,
- en lugares afectos a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil,
- en acto de servicio.

En el caso de que no concorra alguno de estos tres requisitos, el conocimiento de tales conductas será competencia de la jurisdicción penal ordinaria.

Interesa ahora apuntar, antes de finalizar este apartado y adelantando algo de lo que más adelante vamos a decir, que, en estos artículos 49 y 50, el Código Penal Militar utiliza dos reglas penológicas distintas, ya que, mientras el artículo 50, para el acoso sexual, por razón de sexo o profesional, las amenazas, coacciones, injurias graves, calumnias, etc., establece una única pena, el artículo 49, para las conductas más graves —maltrato de obra, trato degradante, inhumano o humillante y agresión o abuso sexuales—, dispone que la pena prevista en este se impondrá «sin perjuicio de las penas que le puedan corresponder por los resultados lesivos producidos o las agresiones y otros atentados contra la libertad o indemnidad sexuales efectivamente cometidos, conforme al Código Penal». Como en su momento se verá, esta doble incriminación podría representar problemas desde el punto de vista del principio *non bis in idem*.

4.2. DESAPARICIÓN DE LOS DELITOS CUALIFICADOS POR EL RESULTADO

De la lectura de los artículos que castigan las figuras de insulto a superior y abuso de autoridad se advierte que el nuevo Código Penal Militar, al regular los delitos contra la disciplina, ha prescindido, por fin, de la obsoleta figura de los delitos cualificados por el resultado, castigando en su lugar por separado el desvalor o la lesión del bien jurídico protegido que representa cada componente de la acción del autor: el atentado contra la disciplina y, si se produce, el atentado contra los bienes jurídicos personales de la víctima (vida, integridad personal, libertad sexual).

Unánime será, sin duda, la acogida doctrinal y jurisprudencial favorable de este cambio, desterrando los obsoletos tipos cualificados por el resultado que hasta el nuevo código castrense regían en el insulto a superior y el abuso de autoridad. Pese a ello, los nuevos tipos incorporan dificultades de interpretación y aplicación, de algunas de las cuales nos ocupamos aquí.

4.3 DIFERENCIAS EN LA ACCIÓN PUNIBLE. CONSECUENCIAS

En una primera lectura de los nuevos artículos 42.1, 47 y 49 se advierte que la descripción de la conducta típica no es la misma en todos ellos, puesto que, mientras el primero de ellos (insulto a superior) castiga al militar que «atentare contra la libertad o indemnidad sexuales de un superior», los artículos 47 (abuso de autoridad) y 49 (entre militares del mismo empleo) castigan al militar que «realizare actos de agresión o abusos se-

xuales»; agresiones y abusos sexuales que son solo dos de las especies que, en el Código Penal, se encuadran dentro del género de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

En efecto, el título VIII del libro II del Código Penal se ocupa de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y, en su vigente redacción, se estructura del modo siguiente:

- Capítulo I. De las agresiones sexuales
- Capítulo II. De los abusos sexuales
- Capítulo II bis. De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años
- Capítulo III. Del acoso sexual
- Capítulo IV. De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual
- Capítulo V. De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores
- Capítulo VI. Disposiciones comunes a los capítulos anteriores

En consecuencia, la referencia del artículo 42.1 del Código Penal Militar a los atentados contra la libertad e indemnidad sexuales parece comprender un mayor número de conductas que las recogidas en los artículos 47 y 49, que se limitan —en lo que aquí nos ocupa— a los dos primeros capítulos de aquel título VIII: las agresiones y los abusos sexuales.

Esta distinción no figuraba en la versión de noviembre de 2013 del Anteproyecto de Código Penal Militar elaborado por el Ministerio de Defensa, en la que los artículos 42, 47 y 49 utilizaban la misma fórmula, castigando en ellos al militar que atentare contra la libertad o indemnidad sexuales de un superior (42), de un subordinado (47) o de uno de igual empleo (49).

La distinción apareció en el proyecto de ley orgánica remitido por el Gobierno a las Cortes en septiembre de 2014²¹, en el que el artículo 42 conserva la referencia a los atentados contra la libertad e indemnidad sexuales, mientras que los artículos 47 y 49 figuran ya redactados refiriéndose a la realización de actos de agresión o abusos sexuales. Muy posiblemente la distinción tiene como base la circunstancia de que los dos artículos siguientes a esos —48 y 50— castigan conductas semejantes (la primera realizada sobre un subordinado y la segunda sobre uno del mismo empleo), pero concretadas en la realización de actos de acoso sexual y por razón de sexo, que, como vimos, son una de las categorías específicas (capítulo

²¹ España. Proyecto de ley orgánica del Código Penal Militar. Serie A. Núm. 110-1, de 5 de septiembre de 2014. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, 1 de octubre de 2015, pp. 1 a 29.

III) de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales a que se refiere el título VIII del libro II del Código Penal; mientras que el artículo 42, al regular el delito de insulto a superior, carece de un precepto específico posterior en el que se castiguen solo los acosos sexuales y por razón de sexo cometidos sobre un superior.

Con ello, así como en el artículo 42 del anteproyecto se podía mantener la referencia a los atentados contra la libertad o indemnidad sexuales, si se hacía lo mismo en los artículos 47 y 49, se caía en el error de tipificar en dos preceptos las mismas conductas de acosos sexuales o por razón de sexo: en la genérica alusión a esos atentados contra la libertad o indemnidad sexuales que contendrían esos artículos 47 y 49 (por remisión al contenido de aquel título VIII del Código Penal), y en los tipos concretos de los artículos 48 y 50 que contenían referencias expresas a esa clase de acosos.

Sin embargo, la solución adoptada presenta un problema de técnica normativa que se advierte cuando nos enfrentamos a los tipos delictivos que atentan contra la libertad sexual en los artículos 42, 47, 48, 49 y 50 del Código Penal Militar, entre los que hay que distinguir dos soluciones distintas:

En los casos de conductas de un superior sobre un subordinado o entre militares del mismo empleo, el legislador del nuevo Código Penal Militar ha entendido que conviene distinguir aquellos atentados en dos categorías según su gravedad; para los más graves —agresiones y abusos sexuales—, el código castrense establece solo el castigo contra la lesión del bien jurídico de naturaleza militar —la disciplina o el libre ejercicio de sus derechos fundamentales por los militares—, ya que la pena que corresponda se impondrá «sin perjuicio de la que corresponda por el delito contra la libertad sexual efectivamente cometido» (artículos 47 y 49); mientras que, para el caso de las conductas menos graves —acoso sexual—, los artículos 48 y 50 establecen una única pena que, lógicamente, debe entenderse que abarca todo el desvalor de la acción, tanto el atentado contra el bien jurídico de naturaleza militar (disciplina o libre ejercicio de los derechos fundamentales) como el atentado contra el bien jurídico de naturaleza privada (la libertad sexual).

En los casos de conductas de un subordinado sobre un superior, el artículo 42.1 del nuevo Código Penal Militar no contempla la distinción anterior y establece, en primer lugar, una remisión genérica —como acabamos de ver— a todos los delitos contra la libertad sexual comprendidos en el título VIII del libro II del Código Penal (agresiones, abusos o acosos sexuales) y, a continuación, establece la pena que corresponde por la lesión del bien jurídico contra la disciplina «sin perjuicio de la pena que corresponda

por [...] las agresiones y otros atentados contra la libertad o indemnidad sexuales efectivamente cometidos, conforme al Código Penal».

Si entendemos que entre esos *otros atentados contra la libertad sexual* se deben considerar comprendidos todos los castigados en el título VIII del libro II del Código Penal, habrá que concluir que, en el caso de los acosos sexuales —y a diferencia de lo que ocurre en los delitos de abuso de autoridad y entre militares del mismo empleo, que, como sabemos, se castigan solo con la pena prevista en el Código Penal Militar— en el caso de que la acción sea de un subordinado sobre un superior habrá que imponer, además de la pena prevista en el artículo 42.2 (por el delito contra la disciplina), la del artículo 184 del Código Penal (por el delito contra la libertad sexual).

La conclusión es que la regulación de estos tipos en el Código Penal Militar de 2015 no es armónica, sin que parezca lógico distinguir el tratamiento penológico de los delitos de acoso sexual cuando supongan además un delito de insulto a superior (supuestos en los que parece que se impondrán dos penas) de aquellos casos en que el acoso concorra con un delito de abuso de autoridad o contra el ejercicio de los derechos fundamentales por los militares (supuestos en los que solo se impondrá la pena del Código Penal Militar).

Es cierto que, por la estructura de la acción en el delito de acoso sexual, será ciertamente difícil que se produzca esa conducta en el seno de las Fuerzas Armadas actuando como sujeto activo un militar de menor empleo que la víctima del acoso, puesto que el superior tendrá siempre a su alcance el ordenamiento disciplinario y penal para poner coto a los primeros actos en los que el acoso pueda —por reiteración— llegar a manifestarse como una posibilidad.

Por último, hay que advertir que el castigo *autónomo* de los delitos contra la libertad sexual impone a los tribunales militares la obligación de aplicar la abundante y minuciosa doctrina jurisprudencial de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en interpretación de los correspondientes tipos del Código Penal, habiéndose ya planteado, siquiera incidentalmente, a la Fiscalía Togada cuestiones tan relevantes como la distinción entre la agresión sexual consumada y la violación intentada o las lesiones físicas o psíquicas que puedan considerarse incluidas en el tipo penal de la agresión sexual o, por el contrario, no estén comprendidas en ella e integren un delito de lesiones autónomo que podrá entrar también en concurso, en su caso, con el delito contra la disciplina y el delito contra la libertad sexual.

4.4 *NON BIS IN IDEM*

La utilización de la expresión «sin perjuicio de la pena que corresponda por...» en algunos de los nuevos tipos penales militares de los que nos estamos ocupando puede provocar dudas respecto de si esa doble incriminación supondría una lesión del principio *non bis in idem*. Entendemos que el análisis y la solución de esta cuestión debe realizarse desde el plano de los bienes jurídicos que cada figura delictiva trata de proteger y, por ello, creemos que debe hacerse un tratamiento diferenciado de los delitos contra la disciplina (insulto a superior y abuso de autoridad) respecto de los delitos contra el ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas por los militares.

4.4.1. Delitos contra la disciplina

Como regla general entendemos que no se vulnera el principio *non bis in idem* cuando la doble incriminación se basa en que una misma acción produce la lesión de dos bienes jurídicos distintos, uno de naturaleza militar y otro común, como se deduce de la reiterada jurisprudencia que ha elaborado la Sala Segunda del Tribunal Supremo en torno a delitos comunes con una estructura semejante a la de aquellos preceptos del nuevo Código Penal Militar y en los que se cuenta con un precepto de la parte especial del Código que obliga a penarlos por separado.

Traemos aquí únicamente, a modo de ejemplo, dos sentencias de la Sala Segunda de entre las muchas que pueden encontrarse interpretando preceptos del Código Penal que utilizan la fórmula del «sin perjuicio de la pena que corresponda por...»; una por el delito de maltrato en el ámbito familiar del antiguo artículo 153 del Código Penal (hoy, castigado en el artículo 173, como delito contra la integridad moral), y la otra interpretando el artículo 177, disposición común a todos los delitos contra la integridad moral:

Sentencia de 19 de octubre de 2010²²

«[...] merece especial atención la reciente STS 474/2010, de 17 de mayo, que, al examinar un recurso de casación con manifiestas similitudes al presente, expone: “El recurrente considera que las amenazas

²² Ponente Sr. Ramos Gancedo. ECLI: ES:TS:2010:6027.

(constituidas por la expresión ‘te voy a matar’), estarían integradas en la situación de clima de dominación o terror que constituye elemento del tipo descrito en el art. 173 CP, por el que también ha sido condenado, por lo que con ello se vulnera el principio *non bis in idem*”.

»Se recuerda que la jurisprudencia de esta Sala ha venido a considerar que las distintas agresiones puntuales han de ser castigadas de forma independiente (SSTS núm. 927/2000, de 24 de junio; y núm. 1161/2000, de 26 de junio de 2000).

»La STS núm. 414/2003, de 24-3-2003 (y en el mismo sentido la STS 701/2003, de 16 de mayo), precisó que “el delito de maltrato familiar o violencia doméstica tipificado en el art. 153 del CP (la referencia está hecha al antiguo art. 153, antes de la reforma operada por la LO 11/2003) constituye un plus diferenciado de los individuales actos de agresión que lo generan, según el acertado criterio del nuevo CP de 1995. Precisamente por ello es dudoso que también fuera acertada su ubicación sistemática en el título III del libro II, que tiene por rúbrica ‘De las lesiones’, porque el bien jurídico protegido por el art. 153 CP, trasciende y se extiende, como ha destacado esta Sala en varias ocasiones, más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden, como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad —art. 10—, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no solo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes —art. 15—, y en el derecho a la seguridad —art. 17—, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y la protección integral de los hijos del art. 39 (en este sentido STS 927/2000, de 24 de junio y 662/2002, de 18 de abril)”.

»Y la misma sentencia recordó que “los concretos actos de violencia solo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello se sancionan separadamente, no impidiendo la sanción adicional de la conducta de violencia doméstica como delito autónomo, con sustantividad propia. El bien jurídico protegido, como se ha dicho, no es propiamente la integridad física de los agredidos. Si lo fuese no podrían sancionarse doblemente las agresiones individualizadas y, además, la violencia habitual integrada por las mismas, sin vulnerar el principio *non bis in idem*. El bien jurídico protegido es la pacífica convivencia familiar, por lo que no se trata propiamente de un delito contra las

personas sino contra las relaciones familiares, pese a su ubicación sistemática (STS 20/2001, de 22 de enero)”.

»Por su parte, la STS 14-5-2004, núm. 645/2004 reiteró que “no cabe hablar de ninguna vulneración del principio *non bis in idem*, por la posible duplicidad de sanciones por unos mismos hechos, por la sencilla razón de que el propio precepto legal, cuya infracción se denuncia, prevé expresamente que la sanción correspondiente a la conducta descrita en el mismo se impondrá, ‘sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare’ (v. la redacción originaria del art. 153 C. Penal), ‘sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica’ (v. la redacción del citado artículo según la reforma operada en el mismo por la LO 14/1999, de 9 de junio), ‘con independencia de que [...] los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores’ (v. art. 173.3 del C. Penal, según el texto reformado por la LO 11/2003). Existen dos bienes jurídicos claramente diferenciados (la paz familiar y la integridad moral de la persona, de un lado, y la integridad física y psíquica de la persona, por otro). Los concretos actos de violencia solo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor, no existe, por tanto, infracción del principio *non bis in idem* (v. STS de 9 de julio de 2001)”».

Sentencia de 31 de mayo de 2003²³

«La compatibilidad del ataque a la integridad moral e incluso las torturas con el resultado lesivo, se establece expresamente en el artículo 177 del Código Penal, por lo que, su castigo como entidades delictivas independientes y con bienes jurídicos de distinta naturaleza permite, como se ha hecho por la sentencia recurrida, castigar por separado, ambos comportamientos delictivos».

De esta doctrina se deduce con meridiana claridad que, en el caso de los delitos contra la disciplina de los artículos 42.1, 46 y 47 del nuevo Código Penal Militar, siendo dos los bienes jurídicos protegidos por las normas en juego —la disciplina, por el precepto del código castrense, y los bienes jurídicos privados (vida, integridad corporal, libertad sexual), por los preceptos del Código Penal—, y siendo dichos bienes jurídicos de

²³ Ponente Sr. Martín Pallín ECLI: ES:TS:2003:3737.

distinta naturaleza, no cabría apreciar lesión del principio *non bis in idem* por el hecho de que se prevea el castigo por separado de ambos delitos.

Pese a ello, hay que recordar que los atentados contra la libertad sexual no son identificados en todos los artículos del nuevo Código Penal Militar de la misma forma, ya que en un caso (insulto a superior; artículo 42.1) la acción delictiva se describe utilizando esa forma genérica —atentados contra la libertad o indemnidad sexuales del superior—, mientras que en los otros dos delitos (abuso de autoridad y entre militares del mismo empleo; artículos 47 y 49, respectivamente) la acción se describe con una referencia limitada a dos de las modalidades de aquellos atentados —las agresiones o los abusos sexuales—. Consecuencia de ello y de la fórmula que se utiliza para la doble incriminación es que el código utiliza expresiones muy semejantes que pueden provocar que el cuestionamiento del principio *non bis in idem* cobre cierto vigor, al poder alegarse que se está penando dos veces la misma acción. En efecto, el artículo 47 castiga al que realice «actos de agresión o abuso sexuales, [...] con la pena de [...], sin perjuicio de las [penas] que correspondan por [...] las agresiones y otros atentados contra la libertad o indemnidad sexuales efectivamente cometidos, conforme al Código Penal».

Entendemos, no obstante, por las mismas razones antes expuestas —la lesión de bienes jurídicos de distinta naturaleza y la existencia de una regla penológica especial— que tampoco en estos casos hay vulneración del principio *non bis in idem*, toda vez que la identificación de los atentados contra la libertad sexual castigados en el artículo 47 con la mención de su nombre específico —agresiones y abusos— no deja de ser simple consecuencia de la diferente técnica utilizada por el legislador del nuevo Código castrense al castigar por separado, en el caso de tales atentados graves, la lesión del bien jurídico militar y la del delito común, mientras que en otros atentados menos graves contra la libertad sexual —acosos (artículos 48 y 50) — optó el legislador por establecer una pena que abarcaba ya la lesión de ambos bienes jurídicos.

4.4.2. Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares

Pese a que, en un primer momento, podría pensarse que cuanto acabamos de decir respecto del principio *non bis in idem* en los artículos 42.1, 46 y 47 del nuevo Código Penal Militar sería también predicable del artículo 49, por su semejanza, sobre todo, con el tipo penal del artículo 47 —con la única diferencia de que el sujeto activo será ahora un militar del mismo empleo que el

sujeto pasivo—, si analizamos la cuestión desde el punto de vista de los bienes jurídicos protegidos, la conclusión parece ser precisamente la contraria.

En efecto, ya sabemos que, en aquellos delitos, la utilización de la cláusula «sin perjuicio de la pena que corresponda por...» obedece a que en ellos, con una misma acción, se produce o se puede producir la lesión de dos bienes jurídicos distintos: la disciplina —que se castiga con la pena prevista en el Código Penal Militar—, y la vida, la integridad corporal, la libertad sexual, etc. —que se castiga con la pena prevista en el Código Penal para los resultados lesivos producidos o las agresiones y otros atentados contra la libertad o indemnidad sexuales efectivamente cometidos—.

Sin embargo, en el caso de los delitos previstos y castigados de la misma forma en el artículo 49 del Código Penal Militar, el bien jurídico militar (?) que trata de proteger el precepto es, según reza el epígrafe del capítulo en el que se encuadra, el ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares, mientras que el bien jurídico que trata de proteger el delito previsto en el Código Penal, que también habrá que aplicar por la fórmula «sin perjuicio de la pena que corresponda por...», será la vida o la integridad física del sujeto pasivo, en el maltrato de obra; la libertad sexual de este, en las agresiones o abusos sexuales, y la integridad moral en el trato degradante, inhumano o humillante. Vida, integridad física y moral y libertad sexual —como parcela de la libertad personal— reconocidos como derechos fundamentales en los artículos 15 y 17 de nuestra Constitución.

Y en este punto es obligado preguntarse si estos bienes jurídicos —vida, integridad física y moral y libertad sexual—, son algo distinto de los correspondientes derechos fundamentales cuyo libre ejercicio por los militares trata de proteger, como bien jurídico, el delito del artículo 49 del nuevo Código Penal Militar.

En principio, podría pensarse que existe un bien jurídico colectivo o supraindividual, distinto y autónomo de esos bienes jurídicos personales —y de naturaleza militar—, consistente en la necesidad de mantener, en el seno de las Fuerzas Armadas, el respeto colectivo (?) de los derechos fundamentales; pero lo cierto es que las conductas que se castigan en los artículos 49 y 50 del Código Penal Militar no son otra cosa que figuras delictivas que tratan de tutelar los más básicos bienes jurídicos personales: la vida y la integridad física (frente al maltrato de obra), la integridad moral (en el trato degradante, inhumano o humillante), la libertad sexual (en las agresiones, abusos y acosos sexuales), la libertad (en las amenazas y coacciones), el honor (en las injurias y calumnias), la intimidad y la dignidad (en los atentados contra tales derechos) o la igualdad (en el delito de discriminación). Por lo que cabe preguntarse si no estaremos ante un bien jurídico

supraindividual —el respeto de los derechos fundamentales en las Fuerzas Armadas— que se ha construido mediante simples generalizaciones o abstracciones de lo que son auténticos bienes individuales.

De especial interés en este punto resulta un reciente pronunciamiento de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que se ocupa de un supuesto en el que el Código Penal utiliza la conocida fórmula de «sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos» y en el que se analiza la formulación por el legislador penal, en ocasiones de forma artificiosa, de bienes jurídicos colectivos. Se trata de la sentencia de 22 de febrero de 2017²⁴, dictada en el caso de una condena conjunta por los delitos de ciberacoso sexual infantil (*child grooming*), del actual art. 183 ter (que incorpora la cláusula «sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos»), y de abuso sexual a un menor de trece años, del artículo 183, ambos del Código Penal²⁵. Pese a la extensión de los argumentos que se utilizan, consideramos que, por el interés que representan, deben ser reproducidos:

«El Tribunal de Instancia considera que el bien jurídico que tutela el art. 183 bis del Código Penal (actual 183 ter) es la indemnidad sexual de los menores de 13 años de edad, criterio que también ha sostenido esta Sala en las sentencias anteriormente reseñadas. Ambos tipos penales [183 y 183 bis] tutelan, pues, la indemnidad sexual de los menores, entendida no solo como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también como la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor (según se plasma en la propia exposición de motivos de la LO 5/2010). Con respecto al delito de abuso sexual de menores, así lo tiene afirmado reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala. Y en lo que se refiere al delito del art. 183 bis del Código Penal, ha de acogerse igual conclusión.

»Así las cosas, ha de dilucidarse ahora si el bien jurídico que tutelan los dos tipos penales aplicados es el mismo o si concurre algún otro bien jurídico a mayores que justifique la aplicación de ambos tipos penales [por virtud de la cláusula “sin perjuicio de la pena que corresponda por...”].

»A este respecto, con el fin de activar y extender el alcance interpretativo de la cláusula concursal que prevé el art. 183 bis del Código Penal (actual 183 ter), algún sector doctrinal ha traído a colación otros bienes

²⁴ Ponente Sr. Jorge Barreiro. ECLI: ES:TS:2017:692.

²⁵ Tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se ha elevado a dieciséis años la edad el menor protegido por este precepto y el antiguo artículo 183 bis —en el que se castiga el *child grooming* y por el que se condenó en el caso aquí citado— ha pasado a ser el actual artículo 183 ter.

jurídicos para legitimar el concurso de delitos en supuestos muy cuestionables. De modo que se han aportado criterios hermenéuticos en la línea de que el precepto tutela bienes colectivos o supraindividuales autónomos con respecto a los que puedan amparar el delito-fin que se busca perpetrar mediante los acercamientos que proporcionan las tecnologías de la información y comunicación. Y en tal sentido se ha destacado como bien supraindividual o colectivo tutelado por el art. 183 bis del Código Penal (según redacción de LO 5/2010) la *seguridad de la infancia*.

»Tales pautas interpretativas no se consideran sorprendentes ni chocantes si se pondera que no resulta anómala la opción legislativa de acudir a la instrumentación de bienes supraindividuales o colectivos como bienes intermedios para anticipar la tutela de los que son realmente injustos materiales relativos a bienes jurídicos básicos de carácter individual, como sucede aquí con la indemnidad y la libertad sexual (en otros casos son la vida y la salud personal o individual). Ello obedece a que, como se ha advertido por la doctrina, se crean delitos de peligro para adelantar la protección de un bien jurídico individual, delitos que se ubican bajo el rótulo de bienes colectivos o supraindividuales. Esto, lógicamente, acaba generando problemas concursales cuando el peligro se materializa en lo que ha de considerarse como un delito de lesión que tiene tipificación propia. Y es que en tales situaciones se corre el riesgo de penar conjuntamente como dos bienes jurídicos sustancialmente diferentes o autónomos lo que constituye un mismo bien jurídico contemplado desde dos perspectivas: la de la fase de peligro y la de su materialización.

»Parece claro que todo delito de peligro tiene como objetivo adelantar las barreras de protección de un bien jurídico concreto con el fin de protegerlo de modalidades previas de conducta que suelen acabar menoscabándolo dada la forma habitual de desarrollarse en la práctica la dinámica delictiva. Por lo tanto, al buscar como objetivo castigar esas conductas que generan inseguridad para el bien que se pone en riesgo resulta patente que se está tutelando la seguridad del mismo. Ahora bien, si este estado de seguridad que se busca con la anticipación del castigo penal se constituye artificialmente en bien jurídico autónomo susceptible de generar un concurso real con el delito que protege los ataques directos al mismo bien jurídico cuya seguridad se buscaba, es muy fácil que se incurra en la infracción del principio *non bis in idem*.

»A todo este cúmulo de circunstancias ha de sumarse lo fácil y propicio que resulta crear bienes supraindividuales o colectivos acudiendo a conceptos y denominaciones que constituyen en realidad meras gene-

alizaciones o abstracciones de lo que son auténticos bienes individuales de suma relevancia (salud pública, seguridad del tráfico, seguridad en el trabajo, seguridad de la infancia, etc.).

»Pues bien, todo ello es lo que ocurre en gran medida en el presente caso con el delito previsto en el art. 183 bis del Código Penal (actual 183 ter) cuando se pretende otorgarle autonomía propia en el plano interpretativo por la vía de generar un bien supraindividual o colectivo —denominados también en algunos supuestos como bienes intermedios con referencia individual— que venga a sustituir o complementar el bien de la indemnidad sexual, opción hermenéutica que permite convertir lo que es un concurso de normas en un concurso de delitos. [...]

»Frente a ello no cabe, pues, acudir a un sujeto pasivo colectivo, como puede ser la infancia en general, pretendiendo justificar la aplicación de un concurso real de delitos por entender que el autor, antes de seleccionar a su víctima, ha puesto en peligro a los sujetos de su edad que se hallan conectados a Internet y los cuales podrían haber sido posibles sujetos pasivos de la acción delictiva. La creación de un tipo penal de esa índole, con un sujeto pasivo indeterminado y un bien jurídico colectivo que permitiera establecer un tipo penal compatible con el correspondiente al delito-fin, ha de verse como una interpretación artificiosa contra reo que contradice la prohibición del *bis in idem*.

»Por consiguiente, la aplicación de la cláusula concursal que recoge el propio artículo 183 bis del Código Penal, si no queremos que se infrinja el principio *non bis in idem* (art. 25 CE), ha de reservarse para los supuestos en que los actos que contempla la norma sean ejecutados de una forma o con unas circunstancias específicas que acaben menoscabando otros bienes jurídicos diferentes de la indemnidad sexual del menor».

Como decíamos antes, la lectura de estos argumentos hace que nos surja la duda de si el título III del libro II del Código Penal Militar no habrá creado un bien jurídico supraindividual o colectivo —el respeto a los derechos fundamentales en las Fuerzas Armadas— acudiendo a conceptos y denominaciones que constituyen en realidad meras generalizaciones o abstracciones de lo que son auténticos bienes jurídicos individuales. Si ello fuera así, habría que concluir que el artículo 49, al castigar el maltrato de obra, el trato degradante, inhumano o humillante y las agresiones o abusos sexuales entre militares del mismo empleo, «sin perjuicio de las penas que le puedan corresponder por los resultados lesivos producidos o las agresiones y otros atentados contra la libertad o indemnidad sexuales efectiva-

mente cometidos, conforme al Código Penal», estaría incurriendo en una técnica legislativa que contradice la prohibición del *bis in idem*.

Sin embargo, este mismo reproche no puede formularse respecto del otro precepto del mismo título —el artículo 50— toda vez que los delitos que en él se enumeran se castigan con una sola pena (sin utilizar la cláusula «sin perjuicio de la pena que corresponda por...») con la que —aparentemente— se cubriría el desvalor tanto de aquel bien jurídico colectivo como del bien individual y personal propio la víctima del delito²⁶.

Sin duda deberán ser la práctica, la doctrina y, sobre todo, la jurisprudencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo las que arrojen luz sobre esta delicada cuestión.

5. CUESTIONES CONCURSALES

5.1. LA TESIS DEL CONCURSO IDEAL. LA SENTENCIA DE LA SALA QUINTA DE 20 DE JULIO DE 2016

El origen de las cuestiones concursales que plantea la regulación de los delitos contra la libertad sexual en el Código Penal Militar de 2015 no es otro que los razonamientos contenidos en el fundamento de derecho segundo de la sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2016²⁷, formulados a propósito de la determinación de la ley penal más favorable tras la promulgación del nuevo Código Penal Militar:

²⁶ En este punto podría recordarse que, en el derogado Código Penal Militar de 1985, el único precepto semejante (en parte) al del vigente artículo 49 —por aquello de tratarse de conductas entre militares del mismo empleo— era el ya citado artículo 162, que castigaba al «Oficial General, Oficial o Suboficial que públicamente agrediese a otro militar» y que se encuadraba entre los «delitos contra el decoro militar». Sobre el bien jurídico protegido en este caso pueden consultarse los razonamientos que exponía CORRALES ELIZONDO, A. *Comentarios al Código Penal Militar*. BLECUA FRAGA, Ramón; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis (Coords.). Madrid: Civitas 1988, pp. 1779 a 1822. El antiguo oficial del Cuerpo Jurídico de la Armada y magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo se ocupaba en sus comentarios del bien jurídico protegido por aquel precepto y los restantes incluidos en el capítulo VIII del título VI del libro II del antiguo Código, argumentando que «el honor debería haber precedido un capítulo de Código Penal Militar, rubricándolo, incluyendo figuras no previstas, algunas de ellas con notorio arraigo en el Derecho español y en el comparado [...]»; y que «el decoro [al que antes ha calificado de descendiente distorsionado y empequeñecido del honor] es término que no inspira en sí mismo, al menos terminológicamente y, como podrá analizarse, tampoco a la vista de los tipos relacionados, un bien de entidad suficiente como para encabezar un capítulo del Código Penal Militar, ni de ningún Código Penal».

²⁷ Ponente Sr. Pignatelli Merca. ECLI:ES:TS:2016:3881.

«En ambos casos, es decir, tanto en el supuesto del artículo 42 —insulto a superior, en su modalidad de maltrato de obra— como en el del artículo 46 —abuso de autoridad, en su modalidad de maltrato de obra a un subordinado—, ambos del Código Penal Militar de 2015, hemos de significar, a estos efectos penológicos, que deben ahora valorarse, también, los resultados que se deriven del comportamiento delictivo, que se sancionarán ahora bajo el sistema, favorecedor del reo, del concurso ideal heterogéneo de delitos —en cuanto el mismo hecho realiza delitos distintos, al ser susceptible de ser valorado idealmente como lesivo de bienes jurídicos diferentes— a través de la frase “sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos conforme al Código Penal”, al que se refiere el primer inciso del apartado 1 del artículo 77 del Código Penal, en la redacción conferida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo —que se limitó a introducir una nueva letra e) en este apartado 1²⁸—, dado que, del tenor de ambos preceptos, resulta que el mismo hecho —entendido como distintas acciones punibles coincidentes, al menos, parcialmente, de modo que se pueda constatar una identidad cuanto menos parcial del presupuesto fáctico, de los actos de ejecución que estén en la base de las distintas realizaciones típicas o delitos concurrentes, por lo que existe unidad o identidad de acción— puede constituir, eventualmente, en razón del resultado que produzca, dos o más infracciones, por lo que, en tal caso, no solo es posible sino necesario imputar, acumulativamente, a ese hecho una pluralidad de realizaciones típicas, en la medida en que ninguna de ellas basta por sí sola para colmar el contenido antijurídico del sustrato fáctico enunciado, puesto que el legislador penal militar de 2015 no ha querido construir estos delitos —y todos aquellos en los que introduce la frase “sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos conforme al Código Penal”— como cualificados por el resultado —repudiando así la técnica seguida en los artículos 99 y 104 del código derogado—, limitándose a castigar con una pena privativa de libertad ciertamente elevada la conducta de insulto a superior o abuso de autoridad, en sus modalidades de maltrato de obra a superior o a subordinado, y previendo la posibilidad de castigar, en su caso, cualquier resultado ulterior eventualmente producido, y susceptible de ser incardinado en otro precepto del Código Penal, además de la acción que se tipifica, mediante el sistema del concurso ideal.

²⁸ La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, introdujo una nueva letra e) en el apartado 1 del artículo 76, n.º 77, del Código Penal, que regula el tiempo máximo de cumplimiento efectivo de la condena.

»La función de la aludida frase “sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos conforme al Código Penal” es, pues, clarificar que en tal supuesto se aplicarán las reglas del apartado 2 del artículo 77 del Código Penal —la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior, sin que exceda de la que represente la suma de las penas que correspondería aplicar si las infracciones se penaran separadamente, si bien si la pena así computada excediere de tal límite, se castigarán las infracciones por separado—».

No ofrece duda, como vemos, el tenor de esta sentencia al considerar que, en los supuestos de los artículos 42 (insulto a superior) y 46 (abuso de autoridad) del nuevo Código Penal Militar, el sentido de la expresión «sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos conforme al Código Penal» es clarificar que en tal supuesto se aplicará la regla del concurso ideal de delitos —«el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos» del artículo 77.1 del Código Penal—, conforme a la cual «se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave», con el límite y la salvedad previstos en la propia norma (artículo 77.2).

Tres observaciones es necesario formular respecto de dicha sentencia:

a) La primera, que esas consideraciones las formula la Sala Quinta en el momento de ocuparse de determinar la ley penal más favorable²⁹ en el caso de sendos delitos de insulto a superior y abuso de autoridad cometidos —y castigados en la instancia— bajo la vigencia del Código Penal Militar de 1985, pero en los que los recursos de casación formulados se iban a decidir cuando ya había entrado en vigor el nuevo Código Penal Militar y, por tanto, aquella Sala del Tribunal Supremo debía dar cumplimiento a lo establecido en las disposiciones transitorias primera y tercera

²⁹ En este caso, la Sala Quinta se plantea el estudio de la ley penal más favorable al inicio de su sentencia, antes de abordar el estudio de los diferentes motivos de casación, contradiciendo el tenor de su auto de 17 de diciembre de 2008, conforme al cual «[...] formalizado el recurso de casación ante esta Sala Quinta [...], habrá de concluirse en primer término y en relación con dicho recurso, si procede confirmar la sentencia impugnada o ésta debe ser revocada, al apreciar alguno de los motivos de casación formalizados por el recurrente. Solo si la sentencia dictada por el Tribunal de instancia no fuera susceptible de revocación por estimación de dichos motivos y hubiera de ser confirmada, habría de plantearse la posible aplicación de la ley más favorable, sin quedar limitado el recurso a resolver tal cuestión». Por tanto, cuando la sentencia recurrida en casación debe ser revocada y la causa devuelta al Tribunal de Instancia para que dicte otra nueva, será ese Tribunal de Instancia el que proceda a determinar la ley penal más favorable.

de dicho código respecto de la aplicación de la ley penal más favorable al reo. En este estudio comparativo, la Sala entiende (en los cuatro primeros párrafos del fundamento de derecho segundo de la sentencia) que el nuevo código no es más favorable, para los reos de uno y otro delito, que el código derogado y, pese a ello, sigue adelante en sus razonamientos (párrafos quinto y siguientes) y se adentra —aparentemente *obiter dicta*— en el análisis del significado de la frase «sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos conforme al Código Penal»; en el que concluye, como hemos visto, entendiendo que debe aplicarse la regla penológica del concurso ideal. No se trata, por tanto, de una sentencia en la que la Sala se esté pronunciando expresamente sobre una condena por alguno de los artículos del nuevo Código Penal Militar en los que se utiliza la mencionada expresión del «sin perjuicio de las penas que correspondan por...».

b) La segunda, que, en el momento de redactar este trabajo, no existe otro pronunciamiento semejante de la misma Sala.

c) La tercera, que, tampoco hasta este momento, se ha pronunciado la Sala Quinta del Tribunal Supremo frente a una condena por alguno de los preceptos del nuevo código que utilizan la fórmula del «sin perjuicio de las penas que correspondan por...».

Todo esto nos lleva a concluir que la doctrina contenida en la sentencia que nos ocupa debe ser tomada como una primera aproximación de la Sala Quinta a la cláusula del «sin perjuicio de las penas que correspondan por...» en el nuevo Código Penal Militar, pero que no parece ser todavía una toma de postura definitiva sobre la misma.

5.2. DELITOS PLURIOFENSIVOS Y CONCURSO IDEAL

Como reconocen unánimemente la doctrina y la jurisprudencia, los delitos de insulto a superior y abuso de autoridad son de naturaleza pluriofensiva, pues, además del bien jurídico de la disciplina —que debe imperar en las Fuerzas Armadas como principio básico de organización—, pueden resultar lesionados bienes jurídicos privados de la víctima, como la vida, la integridad física o moral (manifestación directa de la dignidad humana) o la libertad sexual. Otro tanto ocurre —sin perjuicio del problema de bienes jurídicos que acabamos de poner de relieve en el punto 4.4.2 de este trabajo— con los delitos de nuevo cuño de los artículos 49 y 50 del Código Penal Militar de 2015, en los que resultarán lesionados tanto el bien jurídico

del libre ejercicio de sus derechos fundamentales por los militares, como aquellos mismos bienes jurídicos de naturaleza privada de la víctima.

Sin poder extendernos aquí mucho en esta cuestión, no estará de más recordar —siguiendo a García Albero— que existe concurso ideal de delitos cuando un solo hecho constituye dos o más infracciones; en definitiva, cuando no solo es posible, sino necesario, imputar a un hecho una pluralidad de realizaciones típicas, en la medida que ninguna de ellas basta, por sí sola, para colmar el contenido antijurídico del sustrato enjuiciado. Esta definición deslinda el concurso ideal de delitos del concurso de leyes, en donde también el hecho o los hechos enjuiciados suponen una pluralidad de realizaciones típicas, pero estas no pueden imputarse acumulativamente so pena de infringir el principio *non bis in idem*. En el primer caso existirá una pluralidad de infracciones y en el segundo, unidad de infracción³⁰.

Por ello, si desterramos —como ha hecho el nuevo Código Penal Militar— la obsoleta técnica de los delitos cualificados por el resultado, los delitos de insulto a superior, abuso de autoridad o contra el ejercicio de los derechos fundamentales por los militares, de los que nos estamos ocupando, serían candidatos idóneos para integrar supuestos de concurso ideal de delitos con los delitos contra la vida, la integridad física, la libertad sexual o la integridad moral, dado que —en los supuestos más típicos de todos aquellos— una sola acción produce un único resultado, pero lesiona dos o más bienes jurídicos y llena, por tanto, varios tipos penales.

La consecuencia de ello sería la aplicación de la regla propia del concurso ideal de delitos contenida en el artículo 77.2 del Código Penal: «se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado».

Sin embargo, como a continuación vamos a ver, el legislador del Código Penal Militar de 2015 no ha optado por esta posibilidad y ha regulado aquellos delitos introduciendo en los artículos 42.1 (insulto a superior), 46, 47 (abuso de autoridad) y 49 (entre militares del mismo empleo) una regla penológica especial.

³⁰ GARCÍA ALBERO, R. *Comentarios al nuevo Código Penal*. QUINTERO OLIVARES, G. (dir.). Pamplona: Editorial Aranzadi 1996, p. 419.

5.3. LA REGLA PENOLÓGICA ESPECIAL

5.3.1. Los supuestos legales

Como venimos diciendo, el nuevo Código Penal Militar ha establecido, en los artículos 42.1, 46, 47 y 49, que los hechos en ellos tipificados se castigarán con la pena concreta que se establece en el propio código castrense para el delito militar —esto es, para la lesión del bien jurídico castrense—, pero añadiendo «sin perjuicio de las penas que le puedan corresponder por los resultados lesivos producidos o las agresiones y otros atentados contra la libertad o indemnidad sexuales efectivamente cometidos, conforme al Código Penal». La determinación del significado de esta técnica normativa constituye uno de los objetivos centrales de este trabajo.

Comenzaremos señalando que, para el *Diccionario de la Real Academia Española*, la locución adverbial *sin perjuicio* significa «dejando a salvo», y la locución adverbial *dejar a salvo* significa «exceptuar, sacar a parte».

Pese a lo confuso que pueden resultar tales definiciones sucesivas y frente al sentido de *supuestos excluyentes* que en ocasiones se le otorga en el lenguaje común a aquellos que aparecen unidos por la expresión *sin perjuicio*, lo cierto es que, en el sentido jurídico que aquí debemos utilizar, lo que indica esa expresión es una situación de *supuestos concurrentes*, esto es, hablando de normas jurídicas, una situación de aplicación simultánea de dos o más normas. Una norma se aplica sin perjuicio de que también deba aplicarse otra. Ningún otro sentido se desprende de la relación de supuestos que a continuación vamos a enumerar en los que se utiliza la cláusula «sin perjuicio», tal y como han sido interpretada por la jurisprudencia.

A) Código Penal

El Código Penal, en la actual redacción de su parte especial, contiene hasta treinta y cuatro artículos (salvo error u omisión) en los que se describen tipos penales que utilizan la misma expresión; a saber:

Artículos 173.2, violencia física o psíquica habitual en el ámbito familiar; 177 bis.9, trata de seres humanos; 180.1.5.^a, agresiones sexuales; 183 ter.1, abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años; 187.3 y 188.5, prostitución, explotación sexual y corrupción de menores; 223, quebrantamiento de deberes de custodia; 229, abandono de menores o incapaces; 242.1, robo; 243, extorsión; 278, delitos relativos al mercado y a los

consumidores; 282, publicidad engañosa; 284, maquinaciones para alterar el precio de las cosas; 292, delitos societarios; 327, delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente; 350, delitos de riesgo provocado por explosivos y otros agentes; 419, cohecho; 444, solicitud favores sexuales por funcionario; 464.2, obstrucción a la Justicia, represalias contra testigos, peritos, etc.; 492 y 499, delitos contra las Instituciones del Estado; 514.5 y 534, delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales; 557.1 y 557 bis, desórdenes públicos; 576.3 y 577.2, terrorismo; 607 bis.2., delitos de lesa humanidad; 609, 610, 611 y 612, delitos contra personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, y 616 ter y 616, quater (piratería).

Además, otros dos preceptos del Código Penal emplean una expresión equivalente, aunque más precisa: «se castigarán los hechos separadamente con la pena que corresponda por»:

Artículos 177 (disposición común a las torturas y otros delitos contra la integridad moral) y 346 (estragos).

Asumiendo el riesgo a alargar en exceso la extensión de este trabajo, dejamos constancia a continuación de aquellos tipos penales que pueden resultar más significativos para el objeto y los fines del presente comentario, con cita de alguna de las sentencias en las que la Sala Segunda del Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el sentido que debe otorgarse a la referida locución adverbial desde el punto de vista del concurso de delitos:

Artículo 173.2 Violencia física o psíquica habitual en el ámbito familiar

El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos [...] será castigado con la pena de [...] sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica³¹.

Sentencia de 16 de abril de 2002³²

«El delito del artículo 153 del Código Penal [...] conlleva la protección de la dignidad de la persona en el seno de la familia, aun cuando

³¹ Téngase presente que, hasta la reforma operada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, la violencia habitual en el entorno familiar se castigaba en el artículo 153 del Código Penal, por lo que la doctrina de determinadas sentencias interpretando este último precepto es trasladable a la actual redacción del artículo 173.2 (como ocurre con la de 16 de abril de 2002 que se transcribe).

³² Ponente Sr. Saavedra Ruiz. ECLI: ES:TS:2002:2684.

sistemáticamente se encuadra dentro de las lesiones, consistiendo la conducta típica en ejercer violencia física o psíquica, después de la última reforma, habitualmente sobre las personas enumeradas en el precepto, siendo un delito de mera actividad, lo que equivale a que el resultado es ajeno a la acción típica, es decir, si además de la violencia se produce un resultado lesivo o se constriñe la libertad del sujeto pasivo existirá un concurso real, y, así, el último inciso del texto vigente, con ligeras variantes respecto del anterior, expresa “sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”».

Sentencia de 19 de septiembre de 2005³³

«Existe una norma expresa para los posibles concursos de delitos, recogida en el inciso final que acabamos de reproducir, que permite sancionar por separado, como si de un concurso real se tratara y, por tanto, sin lesión del principio *non bis in idem*, porque prevé la pena de este delito del art. 153 [en su redacción anterior a la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre] como imponible además de aquellas otras relativas a cada una de esas violencias físicas o psíquicas».

Sentencia de 29 de enero de 2009³⁴

«Hay que sancionar por separado este delito de violencia habitual del art. 173.2 y las demás infracciones concretas que hubieran podido cometerse en la realización de cada una de esas acciones cuya total apreciación constituye este delito que tiene en cuenta el conjunto de aquellas infracciones concretas. Es decir, entre aquellas figuras de delitos o faltas individualizadas y este delito habitual hay un concurso real a penar conforme a lo dispuesto en el art. 73 CP: han de imponerse todas las penas correspondientes a las diferentes infracciones».

Artículo 177 Disposición común a las torturas y otros delitos contra la integridad moral

Si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, inte-

³³ Ponente Sr. Delgado García. ECLI: ES:TS:2005:5329.

³⁴ Ponente Sr. Delgado García. ECLI: ES:TS:2009:920.

gridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la ley.

Sentencia de 5 de junio de 2003³⁵

«En definitiva, el concurso real es consecuencia de lo dispuesto en el art. 177 del Código Penal».

Sentencia de 18 de febrero de 2008³⁶

«El art. 173 establece, en el tipo de la habitual violencia física, la existencia de concurso entre ese delito y los eventualmente cometidos por el uso de la violencia. Idéntica solución exige el supuesto del trato denigrante. De manera evidente lo establece el art. 177 del Código Penal.

»En la Sentencia n.º 38/2007 ya dijimos: “La integridad moral se configura como una categoría conceptual propia, como un valor de la vida humana independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad en sus diversas manifestaciones o al honor”.

»No cabe la menor duda que tanto nuestra Constitución como el Código Penal configuran la integridad moral como una realidad axiológica, propia, autónoma e independiente de aquellos derechos, y tan evidente es así que tanto el art. 173 como el art. 177 del Código Penal establecen una regla concursal que obliga a castigar separadamente las lesiones a estos bienes [la vida, la integridad física, la libertad] de los producidos a la integridad moral. De aquí se deduce también que no todo atentado a la misma, necesariamente, habrá de comportar un atentado a los otros bienes jurídicos, siendo posible imaginar la existencia de comportamientos típicos que únicamente quiebren la integridad moral sin reportar daño alguno a otros bienes personalísimos».

Sentencia de 15 de octubre de 2014³⁷

«No se puede olvidar que el artículo 177 del Código Penal dispone que si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la

³⁵ Ponente Sr. Sánchez Melgar. ECLI: ES:TS:2003:3870.

³⁶ Ponente Sr. Varela Castro. ECLI: ES:TS:2008:1008.

³⁷ Ponente Sr. Granados Pérez. ECLI: ES:TS:2014:4719.

vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la ley. Se trata de una regla concursal especial que excluye la aplicación de las normas generales del artículo 77 del Código Penal con la única excepción de que el atentado a la integridad moral esté expresamente previsto en el tipo delictivo de que se trate, supuesto en cuyo caso el conflicto se resolverá por el concurso de normas. [...] La compatibilidad del ataque a la integridad moral e incluso las torturas con el resultado lesivo, se establece expresamente en el artículo 177 del Código Penal por lo que, su castigo como entidades delictivas independientes y con bienes jurídicos de distinta naturaleza permite, como se ha hecho por la sentencia recurrida, castigar por separado, ambos comportamientos delictivos».

Sentencia de 26 de septiembre de 2016³⁸

«No cabe la menor duda que tanto nuestra Constitución como el Código Penal configuran la integridad moral como una realidad axiológica, propia, autónoma e independiente de aquellos derechos, y tan evidente es así que tanto el art. 173 como el art. 177 del Código Penal establecen una regla concursal que obliga a castigar separadamente las lesiones a estos bienes de los producidos a la integridad moral. [...] La idea de integridad moral posee un reconocimiento constitucional (art. 15) y jurídico-penal (arts. 173 y 177), que además supone la existencia de un bien jurídico, de un valor humano, con autonomía propia, independiente y distinto de los derechos a la vida, a la integridad física, a la libertad y al honor. Esto es, que la integridad moral configura un espacio propio y por consecuencia necesitado, susceptible y digno de protección penal».

Artículo 242.1 Robo

El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años, sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase.

³⁸ Ponente Sr. del Moral García. ECLI: ES:TS:2016:4088.

Sentencia de 10 de diciembre de 2009³⁹

«El art. 242.1 del Código Penal, obliga a sancionar autónomamente los atentados personales, al disponer la cláusula de “sin perjuicio”, relativos a la pena que “pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase” (el autor). De otro lado, el concurso ideal de naturaleza instrumental, procederá solamente en aquellos casos en que el *delito medio* sea necesario para el *delito fin*, en términos abstractos, o de necesidad instrumental operativa, sin que tenga que observarse este principio de forma ineludiblemente concreta al caso enjuiciado, pues de otro modo, siempre quedarían amparados por este expediente los delitos periféricos a cualquier acción delictiva, como sería el caso del aprovisionamiento de un arma de fuego con la que dar muerte al ofendido, o la causación de graves lesiones a la víctima de un robo violento. La jurisprudencia viene sosteniendo la doctrina de la sanción autónoma de tales conductas. Únicamente la privación de libertad puede ser considerada en ciertos casos excepcionales como medio para cometer el robo, construyéndose un concurso delictivo⁴⁰».

Artículo 346 Estragos

3. Si, además del peligro, se hubiere producido lesión para la vida, integridad física o salud de las personas, los hechos se castigarán separadamente con la pena correspondiente al delito cometido.

Sentencia de 15 de febrero de 2006⁴¹

«El número 3.º del precepto establece que en el caso de que el riesgo mencionado se realice de manera que junto a la destrucción del objetivo, la acción típica produzca un resultado efectivo de lesión o muer-

³⁹ Ponente Sr. Sánchez Melgar. ECLI: ES:TS:2009:8246.

⁴⁰ La jurisprudencia respecto del robo con violencia y el castigo separado de los actos de violencia física que se realicen simultáneamente es, sin duda, de las más elaboradas que podemos encontrar en los supuestos en que el Código utiliza el «sin perjuicio de la pena que corresponda por...» y atiende básicamente, como pone de relieve la sentencia transcrita, a la necesidad o no de los actos concretos de violencia para la consecución del fin perseguido del apoderamiento. Para el caso del robo con detención ilegal, la amplísima jurisprudencia existente viene a distinguir tres situaciones posibles en orden a la entidad y duración de la detención de la detención, considerando: a) que queda consumida en el robo (concurso de normas) en los casos de inmovilización momentánea de la víctima; b) que entra en concurso medial de delitos con el de robo cuando se trata de una privación de la libertad deambulatoria necesaria para la apropiación de las cosas muebles, y c) que integrará un concurso real con el robo cuando la privación de libertad se produce sin conexión causal, resultando innecesaria para la comisión de los actos de desposesión.

⁴¹ Ponente Sr. Ramos Gancedo. ECLI: ES:TS:2006:620.

te de las personas, estos resultados serán sancionados separadamente con la pena propia del delito que constituyen tales resultados contra la vida o integridad de las personas, es decir, creándose por voluntad del legislador una situación de concurso real de delitos».

Artículo 419 Cohecho

La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, incurrirá en la pena de [...] sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito.

Sentencia de 2 de abril de 2003⁴²

«La dificultad para determinar la existencia, o no, del concurso medial, estriba en dar un concreto contenido a la expresión de “medio necesario” que exige el presupuesto del concurso. En principio esa relación hay que examinarla desde el caso concreto exigiendo que la necesidad exista objetivamente, sin que baste con que el sujeto crea que se da esa necesidad. Ahora bien, tampoco cabe exigir una necesidad absoluta, pues esa exigencia chocaría con el concurso de leyes en la medida que esa exigencia supondría la concurrencia de dos leyes en aplicación simultánea.

»Parece que un criterio seguro para la determinación de la *necesidad* es el de comprobar si en el caso concreto se produce una conexión típica entre los delitos concurrentes. Así cuando en la comisión de un delito fin, por ejemplo, la estafa, el engaño típico se materializa a través de otro delito, por ejemplo, falsedades, uso de nombre supuesto, etc., teniendo en cuenta las exigencias de conexión lógica, temporal y espacial, esa acción ha de ser tenida por necesaria para la consideración de delito instrumental.

»Desde la perspectiva expuesta, el delito de cohecho de art. 385, Texto Refundido de 1973, cuya estructura típica requiere la aceptación o exigencia de algo económicamente evaluable para la realización de un hecho delictivo, no exige para su consumación la efectiva concurrencia de otro delito, basta su proyección. Es decir, nos encontramos ante un elemento subjetivo del injusto, que el autor debe tener como

⁴² Ponente Sr. Martínez Arrieta. ECLI: ES:TS:2003:2278.

finalidad, aunque no es necesario que efectivamente se cometa el delito para el que se pida la dádiva.

»Si efectivamente concurre ese delito para el cual se cohecha, la concurrencia será real y no como se postula, medial, en la medida en que el tipo penal del cohecho no presente en su estructura típica la exigencia de su realización efectiva».

Artículo 444 Solicitud favores sexuales por funcionario

Las penas previstas en el artículo anterior se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos contra la libertad sexual efectivamente cometidos.

Sentencia de 28 de enero de 2014⁴³

«Si el acto sexual tuviera lugar existiría un concurso real como claramente se expresa en el artículo 444 del Código Penal en el que se dispone que las penas previstas en los dos artículos anteriores se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos contra la libertad sexual efectivamente cometidos».

Artículo 464.2 Obstrucción a la Justicia; represalias contra testigos, peritos, etc.

Iguales penas se impondrán a quien realizare cualquier acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad, libertad sexual o bienes, como represalia contra las personas citadas en el apartado anterior [denunciante, parte o imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo], por su actuación en procedimiento judicial, sin perjuicio de la pena correspondiente a la infracción de que tales hechos sean constitutivos.

Sentencia de 1 de junio de 2001⁴⁴

«La norma aplicada, el art. 464.2 del Código Penal, expresamente resuelve el régimen de concurrencia con el delito de amenazas, desechando el concurso de normas y el concurso ideal, se decanta por el concurso real, configurando ambas conductas concurrentes con la imposición de las penas correspondientes a las amenazas y al delito de obstrucción a la justicia».

⁴³ Ponente Sr. Granados Pérez. ECLI: ES:TS:2014:459.

⁴⁴ Ponente Sr. Martínez Arrieta. ECLI: ES:TS:2001:4627.

Sentencia de 12 de marzo de 2012⁴⁵

«En todo caso la realización de tales represalias deben ser subsu-
mibles en un acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad, liber-
tad sexual o bienes de las personas, por lo que, consumado el ataque
contra tales bienes, puede entrar en concurso con el delito contra la
Administración de Justicia, concurso que, a la vista del último inciso
del párrafo 2.º del art. 464 “sin perjuicio de la pena correspondiente a la
infracción de que tales hechos sean constitutivos...” habrá de estimarse
como concurso real, con punición independiente por cada delito con
la única limitación temporal prevista en el art. 76 del Código Penal».

Sentencia de 10 de febrero de 2015⁴⁶

«En el caso aquí examinado se producen dos infracciones diferen-
tes, una contra la integridad y otra contra la Administración de Justicia,
pues la segunda no requiere la consumación de la primera, sancionadas
en régimen de concurso real, dada la cláusula contenida en el artículo
464 del Código Penal».

Artículo 557.1 Desórdenes públicos

Quienes actuando en grupo o individualmente pero amparados en él,
alteraren la paz pública ejecutando actos de violencia sobre las personas o
sobre las cosas, o amenazando a otros con llevarlos a cabo, serán castiga-
dos con una pena de seis meses a tres años de prisión.

Estas penas serán impuestas sin perjuicio de las que pudieran corres-
ponder a los actos concretos de violencia o de amenazas que se hubieran
llevado a cabo.

Sentencia de 28 de febrero de 1998⁴⁷

«Los problemas concursales se derivan de la propia naturaleza del
delito de desórdenes públicos y de la referencia final que el tipo delicti-
vo hace a las penas que puedan corresponder conforme a otros precep-
tos de este Código. En el caso presente no se trata de concurrencia con
los delitos de lesiones, daños o invasión de instalaciones o edificios,
sino con los delitos de atentado y tenencia de explosivos que tienen

⁴⁵ Ponente Sr. Sánchez Melgar. ECLI: ES:TS:2012:2558.

⁴⁶ Ponente Sr. Colmenero Menéndez de Luarca. ECLI: ES:TS:2015:418.

⁴⁷ Ponente Sr. Martín Pallín. ECLI: ES:TS:1998:1369.

la suficiente autonomía típica como para considerarlos aisladamente y como parte de un concurso real. [...]

»La actividad consistente en lanzar una botella de plástico que contenía un cóctel molotov, y a la que se le prende fuego previamente, contra uno de los agentes citados, supone un plus de antijuridicidad absolutamente diferenciado del delito de desórdenes públicos que ya estaba suficientemente integrado por los hechos descritos. Resulta evidente que se puede cometer perfectamente un delito de desórdenes públicos sin necesidad de atentar contra los agentes de la autoridad.

»Por lo que respecta a la tenencia de objetos inflamables o incendiarios, ya hemos dicho que la utilización de uno solo de ellos, lanzándolo contra un agente de la autoridad pudiera subsumirse en el subtipo agravado del delito de atentado (utilización de medios peligrosos), pero la posesión en una bolsa que portaba el acusado de otras botellas inflamables que no fueron utilizadas, constituye autónomamente el delito de depósito por el que ha sido condenado».

Artículo 616 ter Piratería

El que con violencia, intimidación o engaño, se apodere, dañe o destruya una aeronave, buque u otro tipo de embarcación o plataforma en el mar, o bien atente contra las personas, cargamento o bienes que se hallaren a bordo de las mismas, será castigado como reo del delito de piratería con la pena de prisión de diez a quince años.

En todo caso, la pena prevista en este artículo se impondrá sin perjuicio de las que correspondan por los delitos cometidos.

Sentencia de 2 de abril de 2014⁴⁸

«Debe resaltarse que el legislador haya previsto específicamente el concurso real en el segundo párrafo y en relación con los delitos cometidos además del de piratería descrito en el párrafo primero del precepto que comentamos».⁴⁹

⁴⁸ Ponente Sr. Saavedra Ruiz. ECLI: ES:TS:2014:1347.

⁴⁹ No puede concluirse esta relación de preceptos del Código Penal que utilizan la fórmula del «sin perjuicio de la pena que corresponda por...» sin hacer siquiera una mínima referencia al artículo 229, que, al castigar el delito de abandono de menores o incapaces, dispone:

«Se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años cuando por las circunstancias del abandono se haya puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad o de la persona con discapacidad necesitada de especial protección, sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyera otro delito más grave».

B) Código Penal Militar de 1985

El código castrense derogado solo contenía un precepto de su parte especial en el que se utilizase la fórmula del «sin perjuicio de la pena que corresponda por...»:

Artículo 182 Delitos contra la Administración de la Justicia Militar

El que durante las distintas fases de tramitación de un procedimiento judicial militar ejerciere coacciones, violencia o intimidación con el fin de obtener o impedir confesión, testimonio, informe o traducción; será castigado con la pena de un año a seis años de prisión.

Si cometiere cualquier otro delito con los mismos fines del párrafo anterior, incurrirá en la misma pena, sin perjuicio de la correspondiente al otro delito cometido.

Precepto equivalente al del artículo 464 del Código Penal, aunque en ninguna de las dos ocasiones en las que la Sala Quinta se ha ocupado de este artículo se abordaron cuestiones concursales⁵⁰.

C) Código Penal Militar de 2015

En el caso del Código Penal Militar de 2015 los artículos que utilizan la fórmula del «sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos con arreglo al Código Penal» son, además de aquellos ya transcritos (42.1, 46, 47 y 49), los siguientes:

Artículo 34 Maltrato de obra a centinela

El que desobedeciere o hiciera resistencia a órdenes de centinela será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. Si le maltratare de obra será castigado con la pena de cuatro meses a tres años de

Sin duda, de todos los que aquí citamos, este es el precepto cuya interpretación presenta más dificultad por virtud de la literalidad de la frase en la que se inserta la locución adverbial *sin perjuicio* y, muy especialmente, por la referencia a *otro delito más grave* con la que concluye (referencia que falta en el resto de tipos que estamos repasando). Frente a lo que parecería querer decir el Código Penal —esto es, que en este caso, el castigo del delito más grave (generalmente se tratará de un delito de resultado) excluye la aplicación de las penas previstas en el propio precepto para el delito de riesgo— autores como Prats Canut entienden que el apartado 3 de este artículo 229 contempla un supuesto de concurso de delitos y, por lo tanto, de aplicación de las penas previstas para los dos tipos penales. PRATS CANUT, J. M. *Comentarios al nuevo Código Penal*. QUINTERO OLIVARES, G. (dir.). Pamplona: Editorial Aranzadi 1996, p. 1077.

⁵⁰ Sentencias de 28 de junio de 1995, ponente Sr. Mayor Bordes (ECLI:ES:TS:1995:3802) y 16 de noviembre de 1999, ponente Sr. Ruiz-Jarabo Ferrán (ECLI:ES:TS:1999:7237).

prisión, sin perjuicio de la pena que pueda corresponder por los resultados lesivos producidos conforme al Código Penal.

Artículo 38 Sedición militar con maltrato de obra a superior

[...] Se impondrán las penas señaladas en el párrafo anterior, incrementadas en un quinto de su límite máximo, cuando concurriere alguna de las circunstancias siguientes: [...] 3.º Que se hubiere maltratado de obra a superior, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por los resultados lesivos producidos conforme al Código Penal.

Artículo 59 Inutilizar a un militar para eximirlo del servicio

[...] En las mismas penas incurrirá el que, a sabiendas, inutilizare o facilitare la simulación a un militar, con el mismo fin a que se refiere el párrafo anterior, imponiéndose la pena en su mitad superior si el autor fuese personal sanitario, sin perjuicio de las penas que correspondan por los resultados lesivos producidos, conforme al Código Penal.

Artículo 65.1 Exceso en el ejercicio del mando empleando violencias innecesarias

El militar que en el ejercicio del mando se excediere arbitrariamente de sus facultades o, prevaliéndose de su empleo, cargo o destino, cometiere cualquier otro abuso grave será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. Si empleare u ordenare ejercer contra cualquier persona violencias innecesarias u ordenare, permitiere o hiciere uso ilícito de las armas, será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión. Todo ello sin perjuicio, en su caso, de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos, conforme al Código Penal.

Artículo 75.3º Contra la eficacia del servicio

Será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión el militar que:

1.º 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, establecimiento, buque de guerra, buque de la Guardia Civil o aeronave militar.

2.º Embarcare en buque de guerra o aeronave militar drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

3.º Incumpliere, con infracción de lo establecido en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas o en la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, sus deberes militares fundamentales, o los deberes técnicos esenciales de su función específica, ocasionando grave daño para el servicio, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos conforme al Código Penal. Cuando los hechos descritos en este apartado se cometieren por imprudencia grave, se impondrá la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión o multa de dos a seis meses.

A diferencia de lo que ocurre con los artículos anteriores, en los que los *resultados lesivos producidos* son daños causados a personas (las víctimas de los maltratos de obra o de la inutilización para el servicio), en este último supuesto de la redacción del precepto parece deducirse que los resultados lesivos producidos a los que se refiere son de carácter material.

5.3.2. La regla del concurso real

Es muy difícil extraer una conclusión unánime del repaso que acabamos de realizar de los tipos penales comunes que incluyen la fórmula del «sin perjuicio de las penas que correspondan por...»; y ello por varias razones: la primera y más importante, porque la estructura de la acción en todos ellos no es la misma, dado que en muchos casos se trata de conductas complejas que incorporan diversas acciones y diversos hechos, simultáneos o sucesivos, unos necesarios para la comisión del tipo y otros no (como pone de manifiesto, por ejemplo, la abundante jurisprudencia sobre el delito de robo con violencia y su posible concurso con el delito de detención ilegal), y en segundo lugar porque, como ocurre siempre que nos enfrentamos a un posible concurso, además de analizar los bienes jurídicos que se hayan lesionado, hay que estar siempre a las circunstancias del caso concreto para determinar en qué medida un hecho resulta necesario para la comisión del delito inicialmente castigado o puede prescindirse de él, integrando un tipo penal distinto, como pone de manifiesto el hecho de que la jurisprudencia entienda, en situaciones aparentemente semejantes, que el concurso es ideal o es real⁵¹.

⁵¹ Buena prueba de las dificultades que representa la diversidad de supuestos en los que el Código Penal utiliza la fórmula de «sin perjuicio de las penas que correspondan

Sin embargo, del repaso de todos los artículos del Código Penal que antes hemos transcrito antes, podemos extraer las siguientes conclusiones:

Que la figura del Código Penal que más se asemeja a la estructura de los delitos contra la disciplina del nuevo Código Penal Militar es sin duda la previsión contenida en el artículo 177, conforme a la cual:

«Si en los delitos descritos en los artículos precedentes [contra la integridad moral], además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la ley»⁵².

por...» es la sentencia —ya mencionada en otro apartado de este trabajo— de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2017 (ponente Sr. Jorge Barreiro, ECLI: ES:TS:2017:692) en la que se realiza un detallado análisis del actual artículo 183 ter del Código Penal: «El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos». En su análisis, la Sala se adentra en cuestiones como la existencia o no en ese tipo penal de bienes jurídicos diferenciados, la posibilidad de entender lesionado, en el caso estudiado, un bien jurídico autónomo supraindividual o colectivo, la posibilidad de la punición conjunta de un delito de peligro y el correspondiente delito de resultado o la progresión delictiva. La sentencia llega a la conclusión de que, en el caso del artículo 183 ter, no nos hallamos ante un concurso real de delitos (pues no hay duplicidad de bienes jurídicos lesionados; se trata de un caso de progresión delictiva), sino ante un concurso de normas que no permite castigar por separado conforme al artículo 183 ter (contacto con el menor) y al artículo 183 (abuso sexual sobre el menor, que castiga todo el injusto de la acción), dejando prácticamente sin contenido aquel precepto en los supuestos en los que el abuso sexual llegue a producirse (pese a que la propia sentencia termina diciendo: «ello no quiere decir que no haya supuestos en la práctica en los que los actos específicos realizados por el autor que secuencian el iter seguido mediante el uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación no puedan, por su intensidad y modalidad conductual, adquirir autonomía delictiva a través de otros tipos penales»); confusa frase, pues nos parece que será precisamente el artículo 183 ter —y no otros tipos penales— el que deba aplicarse cuando no llegue a consumarse el abuso sexual sobre un menor del artículo 183).

⁵² Aunque la expresión que aquí se utiliza para establecer el castigo por separado de los dos delitos es más nítida que la cláusula del «sin perjuicio...», lo cierto es que tampoco este precepto es un ejemplo de claridad, puesto que el inciso final —«excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la ley»— plantea el sentido del término *aquel* —el *atentado a la integridad moral*— en el contexto en que se utiliza. La sentencia de la Sala Segunda de 15 de octubre de 2014 (ponente Sr. Granados Pérez, ECLI: ES:TS:2014:4719), ya citada, parece solventar el tema diciendo que la del artículo 177 es una «regla concursal especial que excluye la aplicación de las normas generales del artículo 77 del Código Penal con la única excepción de que el atentado a la integridad moral esté expresamente previsto

La fórmula utilizada aquí por el Código Penal, ya lo hemos dicho antes, es sin duda mucha más precisa que la alternativa y mayoritaria del «sin perjuicio de las penas que corresponda por...» para dar a entender lo que el precepto quiere decir.

Que, al margen de lo anterior, el tipo delictivo que más parecido puede presentar, en cuanto a la estructura de la acción, con los delitos de los artículos 42.1, 46, 47 y 49 del Código Penal Militar es el de obstrucción a la Justicia consistente en represalias contra testigos, peritos, etc., del artículo 464.2⁵³, por cuanto que la forma más frecuente en que todos ellos se producirán es aquella en la que se produzca una sola acción de violencia o acometimiento sobre la víctima, que producirá un solo hecho que lesionará, por un lado, el bien jurídico del normal funcionamiento de la Administración de Justicia, en el delito común, o el bien jurídico de la disciplina, en los delitos militares⁵⁴, y por otro, el bien jurídico privado de la víctima que en cada caso se vea afectado (la vida, la integridad física o moral, la libertad sexual, etc.).

Pues bien, como sabemos, esta lesión simultánea de dos bienes jurídicos constituye el presupuesto fáctico del concurso ideal de delitos —un solo hecho que constituya dos o más delitos— y es aquí donde radica, creemos, la clave para solucionar el problema *concurral* que estamos abordando: la cláusula del «sin perjuicio de las penas que correspondan por...» que incorporan todos esos preceptos, establece una singular regla penológica —contenida en la parte especial de los códigos respectivos— en virtud de la cual los delitos en ellos previstos no se castigarán por la regla del concurso ideal —como podría esperarse, dada su estructura—, sino penando por separado los dos delitos cometidos, esto es, del mismo modo que se castigan los supuestos de concurso real de delitos.

Por ello, creemos que la sentencia de la Sala Quinta de 20 de julio de 2016, con la que comenzábamos este apartado, yerra —dicho sea con todo el respeto que ese Alto Tribunal merece— al considerar que:

en el tipo delictivo de que se trate, supuesto en cuyo caso el conflicto se resolverá por el concurso de normas».

⁵³ «Iguales penas se impondrán a quien realizare cualquier acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad, libertad sexual o bienes, como represalia contra las personas citadas en el apartado anterior [denunciante, parte o imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo], por su actuación en procedimiento judicial, sin perjuicio de la pena correspondiente a la infracción de que tales hechos sean constitutivos».

⁵⁴ En el caso de los artículos 42.1 y 47; en el caso del artículo 49 el bien jurídico lesionado será el libre ejercicio de los derechos fundamentales por los militares.

«En ambos casos, es decir, tanto en el supuesto del artículo 42 —insulto a superior, en su modalidad de maltrato de obra— como en el del artículo 46 —abuso de autoridad, en su modalidad de maltrato de obra a un subordinado— [...], hemos de significar, a estos efectos penológicos, que deben ahora valorarse, también, los resultados que se deriven del comportamiento delictivo, que se sancionarán ahora bajo el sistema, favorecedor del reo, del concurso ideal heterogéneo de delitos —en cuanto el mismo hecho realiza delitos distintos, al ser susceptible de ser valorado idealmente como lesivo de bienes jurídicos diferentes— a través de la frase “sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos conforme al Código Penal”. [...] La función de la aludida frase “sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos conforme al Código Penal” es, pues, clarificar que en tal supuesto se aplicarán las reglas del apartado 2 del artículo 77 del Código Penal —la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior—. [...]».

Frente a este criterio, consideramos que, en los supuestos de los artículos 42.1, 46, 47 y 49 del nuevo Código Penal Militar nos hallamos ante una regla penal especial —integrada por la cláusula del «sin perjuicio de la pena que corresponda por...»— en virtud de la cual esos supuestos, pese a que podrían integrar una situación a la que cabría aplicar la regla del concurso ideal de delitos, se castigan penando por separado los dos delitos cometidos, es decir, al modo del concurso real.

En definitiva, en los casos de los artículos 42.1, 46 y 47 del nuevo Código Penal Militar se producen dos infracciones diferentes, una —típicamente militar— contra la disciplina y otra —común— contra la vida, la integridad física o moral o libertad sexual de la víctima, que se sancionan —en virtud de la cláusula «sin perjuicio de la pena que corresponda por...»— en régimen de concurso real, es decir, penando ambos delitos por separado; y en el caso del artículo 49 —si hacemos abstracción de los problemas antes puestos de relieve respecto de los bienes jurídicos lesionados—, la infracción de naturaleza militar atentará contra el libre ejercicio de los derechos fundamentales por los militares y se penará por separado de la infracción contra la vida, la integridad física o moral o la libertad sexual de la víctima.

5.4. CONCURSO DE NORMAS

En el caso particular del delito de abuso de autoridad de los artículos 47 y 48 del nuevo Código Penal Militar se presenta otro problema concursal: un concurso de normas con los delitos de agresiones, abusos o acoso sexuales en los que el autor se haya prevalido de una relación de superioridad. Nos referimos, en concreto, a los artículos 180 (agresiones sexuales), 181, 182 (abusos sexuales) y 184 (acoso sexual) del Código Penal, que reproducimos a continuación en su integridad y junto con los restantes artículos de sus respectivos capítulos para no perder la coherencia interna que su regulación posee⁵⁵:

CAPÍTULO I. DE LAS AGRESIONES SEXUALES

Artículo 178

El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años.

Artículo 179

Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a 12 años.

Artículo 180

1. Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cinco a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

1.^a Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

2.^a Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

⁵⁵ Hacemos abstracción de los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años (capítulo II bis, del título VIII; artículos 183 a 183 quáter) por lo que habíamos dicho al inicio de este trabajo de unas Fuerzas Armadas compuestas por individuos mayores de edad, con unas pocas excepciones de jóvenes de diecisiete años de edad en períodos de formación.

3.^a Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el artículo 183.

4.^a Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

5.^a Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas.

2. Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas previstas en este artículo se impondrán en su mitad superior.

CAPÍTULO II. DE LOS ABUSOS SEXUALES

Artículo 181

1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

3. La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.

4. En todos los casos anteriores, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años.

5. Las penas señaladas en este artículo se impondrán en su mitad superior si concurren la circunstancia 3.^a o la 4.^a de las previstas en el apartado 1 del artículo 180 de este Código.

Artículo 182

1. El que, interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, realice actos de

carácter sexual con persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años.

2. Cuando los actos consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena será de prisión de dos a seis años. La pena se impondrá en su mitad superior si concurriera la circunstancia 3.^a, o la 4.^a, de las previstas en el artículo 180.1 de este Código.

CAPÍTULO III. DEL ACOSO SEXUAL

Artículo 184

1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.

2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses.

3. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2 de este artículo.

Hemos destacado en cada caso el elemento del tipo —prevalerse de una relación de superioridad— que permitiría calificar con arreglo a tales preceptos comunes las conductas constitutivas de agresión, abuso o acoso sexuales en las que el sujeto activo sea un militar y el pasivo otro militar a él subordinado por su menor empleo o por una relación funcional.

En tales casos, parece obvio que nos hallaremos ante un concurso de normas entre los artículos 47 o 48 del Código Penal Militar y el artículo que corresponda de los que acabamos de transcribir del Código Penal; concurso, que deberá resolverse en favor de los preceptos del Código Penal Militar en virtud del principio de especialidad, conforme al cual el precep-

to especial se aplica con preferencia al general, al que se refiere el artículo 8.1.^a del Código Penal⁵⁶.

Pero cuando nos encontramos ante un concurso entre preceptos del Código Penal y del Código Penal Militar, lo más relevante de la solución es que, si se resuelve por virtud del principio de especialidad en favor del tipo penal militar, llevará como consecuencia obligada la de atribuir la competencia para conocer de los hechos a la jurisdicción militar por virtud de lo que dispone el artículo 12.1 de Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar⁵⁷.

Y en este momento es obligado recordar la regla que se incorporó a este artículo 12.1, al año de su vigencia, mediante la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, para salvar la competencia de la jurisdicción militar en un momento en el que, en materia de concurso de normas, solo se encontraba vigente el artículo 68 del Código Penal (Texto Refundido de 1973), conforme al cual «los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, lo serán por aquel que aplique mayor sanción al delito o falta cometidos»; regla que, como sabemos, quedó incluida, en el artículo 8 del Código Penal de 1995, como cuarto y residual criterio de solución de los concursos de normas, a continuación de los principios de especialidad, subsidiariedad y consunción.

Para salvar aquel obstáculo, decíamos, se incorporó al artículo 12.1 de Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, una regla que establecía —después de haber dicho que la jurisdicción militar era competente en materia penal para conocer de los delitos comprendidos en el Código Penal Militar— que:

«Salvo lo dispuesto en el artículo 14 [delitos conexos], en todos los demás casos la Jurisdicción Militar conocerá de los delitos comprendidos en el Código Penal Militar, incluso en aquellos supuestos en que

⁵⁶ Algunos autores consideran que, por obra de su tenor literal, este precepto es solo aplicable a los conflictos de normas internos del propio Código Penal, no a los conflictos de normas *externos* entre preceptos del Código Penal y de leyes penales especiales (como es el caso del Código Penal Militar). Entendemos, sin embargo, que el principio de especialidad en la aplicación de las normas jurídicas constituye un principio general del Derecho que rige incluso en ausencia de norma expresa, como lo entendía mayoritariamente la doctrina al interpretar que el antiguo artículo 68 del Código Penal de 1973 «contenía una regla de solución del conflicto aparente de leyes penales, que solo debía ser aplicada en defecto de los restantes principios hermenéuticos (especialidad, consunción, subsidiariedad)». QUINTERO OLIVARES, G. Y MORALES PRATS, F. *Comentarios al nuevo Código Penal*. Pamplona: Editorial Aranzadi 1996, p. 64.

⁵⁷ «En tiempo de paz, la jurisdicción militar será competente en materia penal para conocer de los siguientes delitos y faltas: 1. Los comprendidos en el Código Penal Militar [...]».

siendo susceptibles de ser calificados con arreglo al Código Penal, les corresponda pena más grave con arreglo a este último, en cuyo caso se aplicará este»⁵⁸.

En definitiva y volviendo al inicio, habrá que recordar que, en aquellos supuestos en que un delito de abuso de autoridad se consume cometiendo, además, un delito contra la libertad sexual, podrá darse un concurso de normas con alguno de aquellos subtipos del Código Penal agravados por el prevalimiento de una relación o posición de superioridad con la víctima. En tales casos, el concurso se dará entre el precepto del Código Penal Militar que corresponda y el del Código Penal que haya que aplicar por la regla del «sin perjuicio», por un lado, y el precepto agravado del Código Penal correspondiente, por otro. Así, a título de ejemplo, en un abuso de autoridad consistente en una agresión sexual, el concurso se daría entre los artículos 47 y 178 de los códigos militar y común, respectivamente (que habría que aplicar simultáneamente en virtud de la regla del «sin perjuicio»), por un lado, y el artículo 180.1.4.^a del Código Penal, por otro. Concurso que —en lo que respecta a la determinación de la jurisdicción competente— deberá resolverse acudiendo al referido artículo 12.1 de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar.

En realidad, dado que, conforme al artículo 22.2.^a del Código Penal, el abuso de superioridad es una circunstancias agravante común a todos los delitos, cuanto hasta ahora hemos dicho sobre el artículo 47 del Código Penal Militar respecto del concurso de normas puede decirse también del artículo 46 de este mismo código (maltrato de obra a subordinado), por cuanto, cuando el maltrato de obra vaya unido a la muerte o lesiones de la víctima, el concurso de normas se dará —por ejemplo, en el tipo básico de lesiones— entre ese artículo 46 y el artículo 147 del Código Penal, por un lado, y ese mismo artículo 147 con la agravante de abuso de superioridad⁵⁹, por otro. En tales casos, para establecer adecuadamente los términos de la comparación penológica —necesaria para la aplicación del artículo 12.1 citado en el párrafo anterior— deberá tenerse presente que al tipo común con la agravante de abuso de superioridad le será de aplicación la regla 3.^a

⁵⁸ Un detallado análisis de los concursos *externos* de normas (entre preceptos del Código Penal y del Código Penal Militar) y de este artículo 12.1 puede verse en BALBONTÍN PÉREZ, L.A. «La frontera en el ámbito penal entre la jurisdicción militar y la ordinaria». OLARTE ENCABO, O. (dir.) *Estudios sobre Derecho Militar y Defensa*. Pamplona: Editorial Aranzadi 2015, pp. 341 a 364.

⁵⁹ Delito al que le será de aplicación la regla 3.^a del artículo 66, conforme a la cual, «cuando concurra solo una o dos circunstancias agravantes, [los jueces o tribunales] aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito».

del artículo 66 del Código Penal, conforme a la cual «cuando concurra solo una o dos circunstancias agravantes, [los jueces o tribunales] aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito».

6. CUESTIONES PENOLÓGICAS

6.1. LAS PENAS EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL MILITAR

Como resulta sistemáticamente obligado, el nuevo Código Penal Militar contiene en su parte especial (libro II) la descripción de los tipos penales militares. Sin embargo, en su pretensión de profundizar en el carácter de norma penal complementaria del Código Penal, esa tarea se realiza de dos formas distintas: por un lado, mediante la tradicional descripción de la conducta típica y el señalamiento de la pena correspondiente; y por otro —aquí está la novedad—, mediante la remisión al Código Penal para la descripción de la conducta típica, pero fijando el propio código castrense las circunstancias en las cuales la misma será considerada delito militar y la pena que en cada caso al mismo corresponda. En este segundo apartado se pueden distinguir, a su vez, dos técnicas normativas distintas:

La de los tipos incluidos en el catálogo de delitos militares de la parte especial del propio Código Penal Militar; *v. gr.* el artículo 26, que, para castigar el delito de revelación de secretos e informaciones relativas a la seguridad y defensa nacionales, cometido por militar, se remite a los tipos de los artículos 277 y 598 a 603 del Código Penal y les impone sus mismas penas, pero incrementadas en un quinto de su límite máximo.

La de los delitos mencionados en el artículo 9.2 del propio código castrense —ubicado en su parte general—, que considera que son delitos militares, además de los previstos en el libro II, cualesquiera otras acciones u omisiones cometidas por un militar y tipificadas en el Código Penal como: a) delitos de traición y delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que se perpetren con abuso de facultades o infracción de los deberes establecidos en las respectivas leyes orgánicas de derechos y deberes⁶⁰, y b) delitos de rebelión, en caso de conflicto armado internacional. Para estos tipos, el apartado 3 del mismo artículo 9

⁶⁰ Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de Derechos y Deberes de los Miembros de las Fuerzas Armadas y Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los Derechos y Deberes de los Miembros de la Guardia Civil.

establece que se castigarán con las penas señaladas en el Código Penal incrementadas en un quinto de su límite máximo⁶¹.

Con arreglo al artículo 9 del nuevo Código Penal Militar, todos los que acabamos de mencionar son *delitos militares*, categoría que, por tanto, no se integra ya únicamente por los tipos definidos específicamente en el libro segundo del Código Penal Militar, sino también por aquellas conductas incriminadas en la legislación penal común que lesionan bienes jurídicos militares cualificados por la condición militar del autor y, además, por su especial afección a los intereses, al servicio y a la eficacia de la organización castrense; todo ello de conformidad con lo que dispone el artículo 9 del nuevo Código Penal Militar⁶².

Pues bien, a la hora de establecer las penas que corresponden a cada delito, el nuevo Código Penal Militar utiliza un sistema de señalamiento de penas que resulta poco uniforme. Frente al procedimiento mayoritario —consistente en indicar la pena o penas propias del código que a cada tipo le corresponde—, se utilizan otras fórmulas; a saber:

— El establecimiento de una pena del propio código castrense junto con otra u otras del Código Penal; son los casos de la regla «sin perjuicio de la pena que corresponda por...» a los que nos hemos referido en este trabajo (artículos 34, 38, 42.1, 46, 47, 49, 59, 65.1 y 75.3.º)⁶³.

— La remisión sin más a la pena señalada en el Código Penal para el delito de que se trate (artículo 85)⁶⁴.

⁶¹ Salvo cuando la condición de autoridad o funcional del sujeto activo de la infracción penal ya haya sido tenido en cuenta por la ley al describir o sancionar el delito.

⁶² Como decimos, la conceptualización de tales delitos como militares conlleva que estos sean competencia de la jurisdicción militar en virtud de lo que dispone el artículo 12.1 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio.

No obstante, la propia Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar, crea una nueva categoría de *delitos comunes competencia de la jurisdicción militar*, al incorporar un nuevo apartado 1.bis a aquel artículo 12 que dispone: «En tiempo de paz, la jurisdicción militar será competente en materia penal para conocer de los siguientes delitos y faltas: [...] 1.bis. Los previstos en los capítulos I al VIII del título XX del libro segundo del Código Penal, cometidos en relación con los delitos y procedimientos militares o respecto a los órganos judiciales militares y establecimientos penitenciarios militares». Se refiere la cita a los siguientes delitos contra la Administración de Justicia: prevaricación; omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución; encubrimiento; realización arbitraria del propio derecho; acusación y denuncia falsas y simulación de delitos; falso testimonio; obstrucción a la Justicia y deslealtad profesional, y quebrantamiento de condena.

⁶³ Salvo error u omisión; como todas las citas de artículos que a continuación se realizan.

⁶⁴ Aunque técnicamente no se encuentran comprendidos en los artículos del Código Penal Militar de 2015, en este grupo podríamos incluir también los delitos comunes contra la Administración de Justicia que son competencia de la jurisdicción militar en virtud de lo que dispone el artículo 12.1.bis de la Ley Orgánica 4/1987, de 14 de abril, a los que acabamos de referirnos.

— La remisión a la pena señalada en el Código Penal, pero en una extensión determinada, como su mitad superior (artículo 82.1) o la pena superior en grado (artículo 35.2).

— La remisión a la pena señalada en el Código Penal, pero con ciertas modificaciones, como es, mayoritariamente, el incremento en un quinto de su límite máximo (artículos 9.3, 26, 27, 35.1, 72.2 y 76) o de su límite mínimo (artículo 82.2) o de ambos (artículo 77.1).

— La regla especial del artículo 82.3, que incrementa en un quinto el límite máximo de las penas señaladas en los dos apartados anteriores del propio artículo, de los cuales, como hemos visto, el primero se remite a una pena del Código Penal en su mitad superior y el segundo, a otra pena de ese mismo Código incrementada en un quinto de su límite mínimo⁶⁵.

Concluimos este apartado reconociendo el esfuerzo que se ha hecho en el nuevo Código Penal Militar para establecer un sistema de determinación legal de la pena acorde con la gravedad en abstracto de cada conducta, pero echamos en falta una mayor homogeneidad y sencillez en el sistema empleado y, como en breve veremos, no estamos seguros de que el resultado haya sido siempre acertado.

6.2. LA ESPECIAL EXIGENCIA PROFESIONAL DEL MILITAR

Tradicionalmente se ha considerado que las especiales misiones que la nación atribuye a sus Fuerzas Armadas y los medios de los que las dota para su cumplimiento imponen la necesidad de que los militares posean unos exigentes principios éticos y reglas de comportamiento que van más allá de los que pueden exigírsele a un ciudadano medio e incluso —para algunos— más allá de los exigidos a los restantes servidores públicos.

Reflejo de ello es, tanto el primer y más fundamental deber del militar, «la disposición permanente para defender a España, incluso con la entrega de la vida cuando fuera necesario», que establece el artículo 3 de las Reales Ordenanzas⁶⁶, como el robusto código ético que constituyen estas

⁶⁵ Este artículo 82 es el mejor ejemplo de que la deseada complementariedad del Código Penal Militar respecto del Código Penal exigía un especial esfuerzo legislativo, a riesgo de incurrir en la falta de claridad y precisión que caracteriza este precepto. El mantenimiento de ciertos elementos del tipo del artículo 196 del Código Penal Militar de 1985 —como la distinción de tener o no bajo su custodia los efectos sustraídos—, junto con la nueva alusión genérica a los tipos penales comunes de robo, hurto o apropiación indebida, hacen que este artículo 82 presente, a nuestro juicio, una técnica normativa muy poco afortunada.

⁶⁶ Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas. Según su artículo 2.2, «dada su naturaleza militar y la condición

Ordenanzas, que, según su artículo 1, «deben servir de guía a todos los militares para fomentar y exigir el exacto cumplimiento del deber, inspirado en el amor a España, y en el honor, disciplina y valor». Así, a lo largo de su articulado se imponen al militar, entre otros muchos, los siguientes deberes y obligaciones:

— Deberes de carácter general: «El militar guardará y hará guardar la Constitución como norma fundamental del Estado y cumplirá las obligaciones derivadas de las misiones de las Fuerzas Armadas, de su condición militar y de su sujeción a las leyes penales y disciplinarias militares» (artículo 4).

— Actuación del militar como servidor público: «Deberá actuar con arreglo a los principios de objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez y promoción del entorno cultural y medioambiental» (artículo 5).

— Dignidad de la persona: «Ajustará su conducta al respeto de las personas, al bien común y al derecho internacional aplicable en conflictos armados. La dignidad y los derechos inviolables de la persona son valores que tiene obligación de respetar y derecho a exigir. En ningún caso los militares estarán sometidos, ni someterán a otros, a medidas que supongan menoscabo de la dignidad personal o limitación indebida de sus derechos» (artículo 11).

— Derechos fundamentales y libertades públicas: «En su actuación el militar respetará y hará respetar los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución, sin perjuicio de que en su ejercicio deba atenerse a las limitaciones legalmente establecidas en función de su condición militar» (artículo 12).

— Igualdad: «Velará por la aplicación de los criterios y normas relativos a la igualdad efectiva de mujeres y hombres y a la prevención de la violencia de género» (artículo 13).

Consecuencia de esa especial exigencia de conducta que se impone a todos los militares en el cumplimiento de sus deberes profesionales es una línea jurisprudencial de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de la que es buen reflejo la ya lejana sentencia de 27 de junio de 1997⁶⁷ cuando, a propósito de una sanción disciplinaria de separación del servicio por haber sido condenado por un delito de tráfico de drogas, dice:

militar de sus miembros, estas Reales Ordenanzas serán de aplicación a todos los miembros de la Guardia Civil, excepto cuando contradigan o se opongan a lo previsto en su legislación específica».

⁶⁷ Ponente Sr. Jiménez Villarejo, ECLI: ES:TS:1997:4564.

«[...] como ha sido reiteradamente declarado por esta Sala, a los miembros de la Guardia Civil —como a los de las Fuerzas Armadas— les es exigible, en atención a la delicada misión que les está encomendada y a la cuota de poder coactivo del Estado que les incumbe, un *plus* de moralidad y una ejemplaridad en su actuación social que justifican, llegado el caso, que el *ius puniendi* del Estado se ejercite sobre ellos desde más de una perspectiva de valoración y con consecuencias desfavorables que exceden a las que afectarían a los ciudadanos en que no concurriesen las mismas circunstancias».

En el mismo sentido, más recientemente, la sentencia de 29 de junio de 2012⁶⁸ afirma que:

«[...] ese plus de moralidad que es exigible a los miembros de las Fuerzas Armadas, y que las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, R.D. 96/2009, de 6 de febrero, refieren en diversos preceptos, en cuanto establecen: que la actuación de todo militar debe estar sujeta a, entre otros, los principios de ejemplaridad y honradez; debiendo ajustar su conducta al respeto de las personas y su dignidad; no sometiendo a otros a medidas que supongan menoscabo de su dignidad personal, honor y espíritu militar; debiendo, antes bien, estimularles para obrar siempre bien, con primacía de los principios éticos que responden a una exigencia de la que hará norma de vida; debiendo velar por el prestigio de las Fuerzas Armadas y por el suyo propio en cuanto miembro de ellas; siendo su deber y responsabilidad practicar y exigir la disciplina, virtud fundamental del militar como conjunto de reglas que mantienen el orden, entre los miembros de las Fuerzas Armadas, y garantizan la rectitud de una conducta individual y colectiva que asegura el riguroso cumplimiento del deber; esforzándose, como signo externo de disciplina y cortesía militar, en poner de manifiesto la atención y respeto a otras personas, sean militares o civiles.

»En tal sentido, la sentencia de 6 de octubre de 1989, anotaba que existen cuerpos y clases en el Estado, a cuyos miembros puede serles exigido un cierto honor; es decir, una más alta moralidad, bien por la trascendencia de la función pública que les está encomendada, bien por la delicadeza o potenciales efectos de los medios que se les confían. Situación, de especial exigencia, en la que se encuentran indudablemente los militares, cuyas

⁶⁸ Ponente Sr. Gálvez Acosta, ECLI: ES:TS:2012:5700.

Reales Ordenanzas configuran, en definitiva, la regla moral de la institución militar; vinculándoles jurídicamente durante su pertenencia a ellas».

Y la sentencia de 2 de junio de 2015⁶⁹, recuerda:

«[...] lo que choca frontalmente con los deberes de honradez y probidad que exigen su pertenencia a dicha Institución de cuyos miembros se predica, precisamente, un plus de moralidad y eticidad que es exigible a todos los integrantes de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil».

Pues bien, fruto de esta doctrina ha sido la asunción de que a ese plus de exigencia de moralidad y ejemplaridad le era consustancial un plus de reproche disciplinario y penal en el caso de transgresiones del ordenamiento jurídico por los militares; mayor reproche, que puede verse reflejado en alguno de los preceptos del nuevo Código Penal Militar, como todos aquellos ya mencionados en los que se fija la pena señalada para el delito de que se trate en el Código Penal incrementada en un quinto de su límite máximo.

En la parte general del propio Código Penal Militar existe un precepto del que parece deducirse que la agravación de la responsabilidad penal de los militares por sus mayores exigencias profesionales es equivalente a la que debe exigirse al resto de servidores públicos. En efecto, el artículo 9 del nuevo código establece que son delitos militares, por un lado, los previstos en su libro II y, por otro, una serie de delitos comunes cuando son cometidos por militares, en concreto, los de traición; contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, y rebelión, en caso de conflicto armado internacional. Pues bien, para estos últimos, el apartado 3 del mismo artículo 9, dispone que «el límite máximo de las penas establecidas en el Código Penal para los delitos previstos en el apartado segundo de este artículo se incrementará en un quinto, salvo cuando la condición de autoridad o funcional del sujeto activo de la infracción penal ya haya sido tenido en cuenta por la ley al describir o sancionar el delito». Como decimos, de esta última salvedad se deduciría que el Código Penal Militar considera que la exigencia de una mayor responsabilidad que se predica de los militares es equivalente —y no superior— a la que se impone al resto de servidores públicos.

⁶⁹ Ponente Sr. Menchén Herreros, ECLI: ES:TS:2015:2371.

6.3. ALGUNAS DISFUNCIONES PENOLÓGICAS

6.3.1. El artículo 47

Pese a que la doctrina sobre la mayor exigencia penal de los militares se encuentra consolidada por la Sala Quinta del Tribunal Supremo, de la lectura y análisis de alguno de los preceptos del nuevo Código Penal Militar de los que aquí nos estamos ocupando podría deducirse que no se ha recogido en ellos ese mayor rigor penológico, dado que parecen imponer penas menos graves que las previstas en el Código Penal para conductas semejantes.

Podemos mencionar, a simple título de ejemplo, el supuesto del delito de abuso de autoridad de un militar sobre un subordinado en el que la acción punible consista en una agresión sexual no constitutiva de violación. En este caso, el artículo 47 del nuevo Código Penal Militar castiga el hecho —en lo que supone de lesión del bien jurídico de la disciplina— con una pena de seis meses a cinco años de prisión, sin perjuicio de la que corresponda por la agresión sexual conforme al Código Penal, que es, con arreglo al artículo 178, la de prisión de uno a cinco años. En consecuencia, una agresión sexual no constitutiva de violación, mediando una relación jerárquica militar de superioridad del autor respecto de la víctima, estará castigada con penas de prisión que, sumadas, van de un año y medio a diez años de prisión.

Sin embargo, en el artículo 180.1 del Código Penal se castigan subtipos agravados de agresiones sexuales, entre las que se incluyen —circunstancia 4.^a— los casos en los que, «para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad (o parentesco) con la víctima», en cuyo caso, cuando se trate de agresiones sexuales del artículo 178, la pena prevista es la de cinco a diez años de prisión.

Con ello, resulta que, aunque el límite máximo de las penas principales en uno y otro supuesto es el mismo (diez años de prisión), el límite mínimo de las penas que pueden imponerse por una agresión sexual en la que media una relación de superioridad jerárquica militar es mucho menor (un año y medio de prisión) que el que puede imponerse en el caso de que esa agresión sexual con prevalimiento de una relación de superioridad se dé en un ámbito ajeno a las Fuerzas Armadas o la Guardia Civil (cinco años de prisión). Para que se vea más gráficamente:

AGRESIÓN SEXUAL CON PREVALIMIENTO DE UNA RELACIÓN DE SUPERIORIDAD⁷⁰

Código Penal:

Artículo 180.1.4.^a CP: prisión de 5 a 10 años.

Código Penal Militar (abuso de autoridad):

Artículo 47 CPM: prisión de 6 meses a 5 años⁷¹; y

Artículo 178 CP: prisión de 1 a 5 años.

Suma de penas: prisión de 1 año y 6 meses a 10 años.

Es cierto que, dado que se trata de una diferencia en los límites inferiores de las penas, los tribunales militares, a la hora de dictar sentencia, podrán utilizar como criterio, en el proceso de individualización de la pena, el rigor penológico del Código Penal para imponer, en su caso, una pena que se asemeje a la de este último código.

Sin embargo, la disfunción se incrementa —y no tiene esa *fácil* solución— cuando concorra, por ejemplo, una circunstancia eximente incompleta⁷², pues en ese caso, la regla del artículo 19.1 del Código Penal Militar de 2015 se remite en su totalidad, en materia de reglas de aplicación de las penas, a las establecidas en el Código Penal, por lo que habrá que castigar imperativamente al autor con la pena inferior en uno o dos grados en virtud de lo dispuesto en el artículo 68 de ese último Código⁷³. Con ello, aunque se rebaje la pena en un solo grado la comparación entre ambas opciones penales resulta desconcertante, pues en el ejemplo anterior, cuando la acción tenga lugar mediando una relación jerárquica militar, el límite

⁷⁰ Utilizamos aquí la expresión del tipo penal común —prevalimiento de una relación de superioridad— para facilitar y hacer más evidentes los términos de la comparación, pero a sabiendas de que, como más adelante veremos, el tipo penal militar de abuso de autoridad no tiene necesariamente los mismos elementos que aquel tipo penal común; en concreto, en el tipo militar basta que la relación de superioridad exista objetivamente por un mayor empleo (grado jerárquico) para que el tipo se perfeccione, sin necesidad de que exista un expreso prevalimiento de la relación de superioridad.

⁷¹ Pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo, equivalente a la inhabilitación especial para empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio de seis meses a seis años recogida en la disposición común del artículo 192.3 del Código Penal.

⁷² Como fue el caso de la sentencia de la Sala Quinta de 15 de junio de 2016 (ponente Sr. Gálvez Acosta, ECLI: ES:TS:2016:2726), si bien en ese caso se aplicó el artículo 106 del Código Penal Militar de 1985 por haber ocurrido los hechos antes de la entrada en vigor del nuevo Código y considerarse aquél más beneficioso para el acusado.

⁷³ En el Código Penal Militar de 1985 la rebaja de la pena no era preceptiva, sino potestativa, cuando concurrieran dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante o la atenuante específica de haber mediado inmediata provocación del superior (artículo 36) o cuando concurriera una eximente incompleta (artículo 37).

máximo de la suma de las dos penas a imponer no alcanzará siquiera al límite mínimo de la pena prevista en el Código Penal para los casos en los que la relación de superioridad no es de naturaleza militar; como se aprecia siguiendo el esquema anterior:

AGRESIÓN SEXUAL CON PREVALIMIENTO DE UNA RELACIÓN DE SUPERIORIDAD Y UNA EXIMENTE INCOMPLETA

Código Penal:

Artículos 180.1.4.^a y 68 CP: prisión de 2 años y 6 meses a 5 años.

Código Penal Militar (abuso de autoridad):

Artículos 47 CPM y 68 CP: prisión de 3 a 6 meses; y

Artículos 178 y 68 CP: prisión de 6 meses a 1 año.

Suma de penas: prisión de 9 meses a 1 año y 6 meses.

El resultado de esta comparación indica una enorme diferencia penológica *en favor* del delito militar —ya que su límite máximo resulta muy alejado del límite mínimo de la pena por el delito *común*— que no parece justificable, máxime si recordamos aquella especial moralidad y ejemplaridad que se impone a los militares en el desempeño de su profesión y la subsiguiente mayor exigencia de responsabilidad a la que se encuentran sometidos en caso de incumplimiento de sus deberes. Todo lo cual resulta todavía más sorprendente cuando se observa el especial interés que la realidad social ha puesto en los últimos años en reprimir este tipo de conductas contrarias a libertad sexual.

Todos estos razonamientos los estamos realizando sobre la base de considerar que los supuestos del artículo 47 del nuevo Código Penal Militar hay que sancionarlos por la regla del concurso real de delitos, puesto que, si entendiésemos —con la sentencia de la Sala Quinta de 20 de julio de 2016— que se trataría de un supuesto de concurso ideal de delitos, todavía se harían mayores las disfunciones penales, dado que habría que aplicar la regla del artículo 77 del Código Penal, con arreglo a la cual solo se impondrá una pena y, aunque es cierto que esta pena es la prevista para el delito más grave en su mitad superior, esta agravación reduce las penas a imponer respecto de las que resultarían posibles si se penaran, como en el concurso real, los dos delitos por separado⁷⁴.

⁷⁴ En los dos ejemplos anteriores, el resultado de castigar los hechos por la regla del concurso ideal arrojaría la siguiente comparación:

La razón de las disfunciones que se producen incluso al aplicar la regla del concurso real de delitos no es otra que el establecimiento de penas con un amplio margen entre sus límites inferior y superior, técnica normativa —posiblemente heredada del código de 1985— que obedece al castigo conjunto en un mismo precepto de conductas de gravedad muy diferente y que tenía antiguamente su contrapeso en dotar a los tribunales militares de un amplio margen de discrecionalidad en la imposición de la pena⁷⁵.

En el ejemplo que aquí estamos siguiendo es patente este problema, al castigar conjuntamente el artículo 47 del nuevo código tanto el trato degradante, inhumano o humillante a un subordinado, como la realización sobre él de agresiones o abusos sexuales. La decisión de técnica normativa de castigar en el mismo precepto y con la misma pena hechos de una gravedad tan diferente obliga al legislador a establecer una pena de muy amplios márgenes (prisión de seis meses a cuatro años). Sin embargo, y aquí viene el problema, al haber reducido el nuevo Código Penal Militar el tradicional amplio margen de discrecionalidad de los tribunales militares (dado que ahora se remite a la totalidad de las reglas de determinación de la pena del Código Penal), la utilización de aquella técnica puede producir

AGRESIÓN SEXUAL CON PREVALIMIENTO DE UNA RELACIÓN DE SUPERIORIDAD:

Código Penal:

Artículo 180.1.4.^a CP: prisión de 5 a 10 años.

Código Penal Militar (abuso de autoridad en concurso ideal con agresión sexual):

Artículo 47 CPM: prisión de 6 meses a 5 años; y

Artículo 178 CP: prisión de 1 a 5 años (pena más grave).

Pena a imponer: Artículo 77 CP: prisión de 3 a 5 años.

AGRESIÓN SEXUAL CON PREVALIMIENTO DE UNA RELACIÓN DE SUPERIORIDAD Y UNA EXIMENTE INCOMPLETA

Código Penal:

Artículos 180.1.4.^a y 68 CP: prisión de 2 años y 6 meses a 5 años.

Código Penal Militar (abuso de autoridad en concurso ideal con agresión sexual):

Artículos 47 CPM y 68 CP: prisión de 3 a 6 meses; y

Artículos 178 y 68 CP: prisión de 6 meses a 1 año (pena más grave).

Pena a imponer: Artículo 77 CP: prisión de 9 meses a 1 año.

Se advierte que, en este caso, las diferencias entre las penas de uno y otro Código se incrementan respecto de las que resultan si se aplica la regla del concurso real de delitos.

⁷⁵ En efecto, el artículo 35 del Código Penal Militar de 1985 establecía una regla equivalente a la del artículo 66.1.6.^a del Código Penal (imponer la pena señalada por la ley en la extensión que se estime adecuada a las circunstancias concurrentes en los hechos), pero se complementaba con otra regla propia y exclusiva de la jurisdicción militar: la rebaja de la pena era solo potestativa para el tribunal cuando concurrieran dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante o la atenuante específica de haber mediado inmediata provocación del superior (artículo 36) o cuando concurría una eximente incompleta (artículo 37). Como decimos, el carácter potestativo de estas dos reglas permitía modular las disfunciones que en el margen penológico se dieran como consecuencia del establecimiento penas de muy amplio espectro en el antiguo código castrense.

disfunciones como las que aquí hemos puesto de relieve (que podrían aparecer también, limitándonos a los preceptos de los que nos ocupamos en este trabajo, en los artículos 48, 49 y 50 del nuevo código).

Además de una simple y deficiente técnica normativa, dos argumentos se nos ocurren para salvar estas disfunciones:

a) La tesis que entendiera que el artículo 47 del Código Penal Militar permitiría castigar un abuso de autoridad consistente en una agresión sexual con la pena prevista en el mismo (de seis meses a cinco años de prisión) junto con la pena prevista en el artículo 180.1.4.^a del Código Penal (de cinco a diez años de prisión), en lugar de la pena del tipo básico del artículo 178; tesis que nosotros rechazamos por entender que vulneraría el principio *non bis in idem*, al castigar dos veces el prevalimiento de una relación de superioridad, una como un delito militar de abuso de autoridad (artículo 47) y otra por el subtipo agravado de la agresión sexual (artículo 180.1.4.^a).

b) El argumento que considerase que la relación jerárquica militar de superioridad cuyo quebranto se sanciona en el artículo 47 del Código Penal Militar, siendo semejante a la relación de superioridad a la que se refiere el artículo 180.1.4.^a del Código Penal, posee unas características propias que justificarían que su lesión, en determinadas circunstancias, tuviera un castigo penal inferior a la del tipo común. Para llegar a esta conclusión podemos recordar la doctrina elaborada por la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, respecto de la agravante de abuso de superioridad; por todas, sentencia de 10 de febrero de 2015⁷⁶:

«La agravante de abuso de superioridad requiere, según la jurisprudencia, la concurrencia de tres requisitos: en primer lugar, que exista una situación de superioridad del autor sobre la víctima, es decir, un importante desequilibrio de fuerzas a favor del primero, derivada de cualquier circunstancia; en segundo lugar, esa superioridad debe ser de tal naturaleza y características que produzca una disminución notable en las posibilidades de reacción o defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas; y, en tercer lugar es necesario que el autor conozca esa situación de desequilibrio de fuerzas y se aproveche de ella para una más fácil realización del delito».

Frente a ello, la jurisprudencia de la Sala Quinta, en su labor de interpretación de los tipos penales militares contra la disciplina (insulto a superior y de abuso de autoridad), ha entendido desde su constitución en 1988 que, en el ámbito de las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil, la relación jerárquica militar es permanente, bastando con que exista —en el abuso de

⁷⁶ Ponente Sr. Colmenero Menéndez de Luarca, ECLI: ES:TS:2015:418.

autoridad— un mayor empleo militar del autor respecto de la víctima —y que el autor lo conozca— para apreciar tal requisito del tipo, sin necesidad de que concurra además un especial prevalimiento de la situación de superioridad por parte del autor. Por todas, traemos aquí la sentencia de 19 de diciembre de 2014⁷⁷ conforme a la cual:

«A efectos competenciales, entre el sargento recurrente y el cabo Arturo no existía otra relación previa que la derivada de ostentar sus respectivos empleos militares y ser estos mutuamente conocidos de ambos, circunstancia esencial que, desde el instante de ser conocida, definía la situación relativa entre ellos y que no puede resultar desdibujada por cualquier otra relación de índole personal o profesional. [...]

»Como dice nuestra sentencia de 17 de junio de 2010, siguiendo las de 14 de marzo, 24 de octubre y 29 de noviembre de 1996, 28 de octubre de 1999, 5 de noviembre de 2004 y 28 de noviembre de 2005, entre otras, “la relación superior-inferior no puede transmutarse en una simple disputa de carácter privado, y mientras se es militar el comportamiento de la persona está sometido a las normas que comportan tal estatus y no puede sustraerse a ellas por su propia voluntad [...] manteniéndose la relación de jerarquía en momentos y lugares ajenos al servicio aun cuando el superior y el subordinado vistan de paisano, siempre que su identificación y conocimiento de la condición y el empleo resulte evidente y probada (sentencia de 5 de noviembre de 2004). En definitiva, como hemos afirmado reiteradamente —nuestras sentencias de 22 de marzo de 1989, 22 de septiembre y 30 de noviembre de 1992, 23 de marzo de 1993, 16 de octubre de 1995, 23 de enero de 2001 y 3 de noviembre de 2008, entre otras—, “el que es superior en virtud de un cargo jerárquicamente más elevado conserva esa consideración en todo caso, porque la condición de superior es permanente y no depende de la función que se desempeñe”, habiendo sentado esta Sala que “la relación jerárquica castrense constituye el engranaje indispensable para determinar los derechos y deberes que surjan entre el superior y el inferior y qué responsabilidades pesan sobre uno y otro”».

En este sentido, en nuestra citada sentencia de 17 de junio de 2010 hemos dicho que “la cuestión a resolver es si, a los efectos de integrar el delito configurado en el artículo 104 del Código Penal Militar que ha sido

⁷⁷ Ponente Sr. Pignatelli Meca, ECLI: ES:TS:2014:5470.

aplicado, basta con que el sujeto activo del mismo ostente la condición de superior jerárquico de la víctima o si, por el contrario, para apreciar la concurrencia de dicho elemento objetivo-normativo del tipo es necesaria una específica relación jerárquica de subordinación derivada del ejercicio de autoridad, mando o jurisdicción. Y a tal efecto, como dice nuestra Sentencia de 3 de marzo de 2006, «la doctrina de esta Sala es concluyente al respecto al afirmar que “basta la relación jerárquica, ya que la relación jerárquica castrense es permanente y sitúa dentro de la misma a quienes sean superiores o inferiores en la esfera militar, constituyendo el engranaje preciso e indispensable para el buen funcionamiento de los Ejércitos”, añadiéndose “que la posición de superior o inferior no puede transmutarse en una simple disputa de carácter privado, pues el interés individual del sujeto ha de ceder mientras permanezca en los Ejércitos, al superior valor colectivo de la disciplina, sin el cual aquellos no podrían existir”». En tal sentido, conforme al art. 12 del CPM, es indudable que la cualidad de superior es inherente a la persona y no al desempeño de sus funciones por lo que el ejercicio de la autoridad no se subordina a la circunstancia de que el superior actúe en acto de servicio. De lo expresado resulta claro que para esta Sala basta, a los efectos de apreciar o no el delito de maltrato, la condición de superior jerárquico sin ninguna otra connotación o exigencia legal (art. 12 CPM)”, concluyendo que “en efecto, reiteradamente hemos dicho –por todas, nuestras Sentencias de 13 de enero de 2000 , 23 de enero y 13 de septiembre de 2001 y 27 de junio y 28 de noviembre de 2005–, en cuanto a la concepción de la jerarquía castrense, que se trata de «una situación permanente que implica que el militar de empleo jerárquicamente más elevado ha de ser tenido siempre como superior».

Con arreglo a esta doctrina, el artículo 47 del nuevo Código Penal Militar resultaría aplicable siempre que se diera la conducta en él descrita con los requisitos objetivos de un mayor empleo militar del autor respecto de la víctima, frente a aquellos casos del artículo 180.1.4.^a en los que solo podría apreciarse el subtipo agravado cuando concurren sus requisitos propios y, en concreto, la disminución notable de la capacidad de reacción o defensa del ofendido, el conocimiento del autor de la situación de desequilibrio de fuerzas y, fundamentalmente, su aprovechamiento para una más fácil realización del delito. Sin embargo, como decimos, en el ámbito de los Ejércitos, la Armada y la Guardia Civil, el carácter permanente de la relación jerárquica provocaría que, incluso en los supuestos en que la disminución de la capacidad de reacción de la víctima no sea notable o en los que no exista el aprovechamiento de la situación

de superioridad por el autor, se mantendría subsistente el delito de abuso de autoridad del artículo 47; supuestos estos en los que podría justificarse una pena menor que la del límite inferior del artículo 180.1.4.^a del Código Penal.

Todos estos problemas se hubieran evitado si el nuevo Código Penal Militar hubiera utilizado un sistema homogéneo y coherente para sancionar ese plus de responsabilidad que se exige a los militares, como puede ser con el que él mismo utiliza de modo mayoritario cuando se remite a las penas del Código Penal incrementado su límite máximo en un quinto de su duración. Así, en el caso del abuso de autoridad con agresión sexual del artículo 47, se impondrían las penas de los artículos 178 a 180 del Código Penal incrementadas en un quinto de su respectivo límite máximo.

6.3.2. Los artículos 48 y 50

Por otra parte, se advierten también disfunciones penológicas en las penas previstas en el nuevo Código Penal Militar para el conjunto de delitos castigados en los artículos 48, cuando media una relación jerárquica de superioridad, y 50, cuando la acción se produce entre militares del mismo empleo, pero en alguna de las siguientes circunstancias: públicamente, en lugares afectos a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil o en acto de servicio.

Se castigan en estos artículos el acoso sexual y por razón de sexo, el acoso profesional, las amenazas, las coacciones, las injurias, las calumnias, los atentados graves contra la intimidad, dignidad personal o en el trabajo y los actos de discriminación grave. En el caso del artículo 50 —entre militares del mismo empleo— se exige que las injurias sean graves y se castiga también el impedir o limitar arbitrariamente a otro militar el ejercicio de los derechos fundamentales o libertades públicas (tipo penal que encontramos en el artículo 45 cuando se realiza por un superior sobre un subordinado).

Empecemos recordando que, a nuestro juicio, se trata de delitos en los que el tipo del Código Penal Militar contempla todo el desvalor de la acción, como se deduce de que no emplea en ellos la fórmula de «sin perjuicio de la pena que corresponda por...», y de que se imponen unas penas notablemente agravadas respecto de las previstas para las mismas conductas en el Código Penal. De lo que deducimos, además, que aquellos artículos 48 y 50 se aplicarán sin dar lugar siquiera a apreciar un posible

concurso ideal de delitos —y su consecuencia penológica— con los correlativos del Código Penal. Entendemos, por tanto, que aquellos artículos 48 y 50 castigan conjuntamente con una sola pena la lesión del bien jurídico de naturaleza militar (la disciplina o el libre ejercicio de los derechos fundamentales por los militares) y la lesión del bien jurídico de naturaleza privada de la víctima.

En cuanto a la gravedad de las penas, debe recordarse lo que hemos dicho antes respecto de la pluralidad y diferente gravedad de las conductas que se castigan en algunos tipos penales militares —y estos pueden ser el mejor ejemplo— en cuanto obligan a establecer también en ellos un amplio espectro penológico.

Sin embargo, si se comparan las penas de estos artículos con las establecidas para delitos equivalentes en el Código Penal, el resultado es, en la mayoría de los casos, el de una notable mayor gravedad de los tipos penales militares, como ahora vamos a comprobar.

Se toman, como términos de la comparación los siguientes:

- Por un lado, el artículo 48 del Código Penal Militar que castiga, con la pena de PRISIÓN DE 6 MESES A 4 AÑOS, al superior que cometiere sobre un subordinado alguno de los siguientes delitos: acoso sexual o por razón de sexo; acoso profesional; amenazas; coacciones; injurias; calumnias; atentados graves a la intimidad, dignidad personal o en el trabajo, y discriminación grave⁷⁸.
- Por otro, los correspondientes preceptos del Código Penal en los que se castigan los mismos delitos. Debemos recordar que, para que los términos de la comparación sean equivalentes, habrá que tener en cuenta si está legalmente previsto —como en los artículos 173.1, pfo. 2.º y 184.2— el subtipo agravado por prevalimiento de una relación de superioridad y, si no lo está, el resultado de aplicar la regla del artículo 68 (la mitad superior de la pena) por concurrir la agravante del artículo 22.2.^a de abuso de superioridad. Las penas que a continuación se indican son las que resultan de aplicar una u otra agravación penológica:

⁷⁸ En el caso de que estas conductas se den entre militares del mismo empleo —artículo 50— la pena a imponer es la de PRISIÓN DE SEIS MESES A DOS AÑOS, que en algunos casos provocará que la comparación con los respectivos tipos penales comunes resulte desconcertante, como lo es transformar una pena, *v. gr.*, de multa de dos a tres meses, como la prevista para las coacciones leves, en una pena de prisión seis meses a dos años.

Acoso sexual (art. 184.2)	Prisión de 5 a 7 meses o Multa de 10 a 14 meses
Acoso laboral (art. 173.1.pfo. 2º)	Prisión de 6 meses a 2 años
Amenaza leve (art. 171.7)	Multa de 2 a 3 meses ⁷⁹
Amenaza del art. 169.1.º	PRISIÓN DE 3 A 5 AÑOS
Coacciones leves (art. 172.3)	MULTA DE DOS A TRES MESES ⁸⁰
Coacciones del art. 172.1	PRISIÓN DE 1 AÑO Y 9 MESES A 3 AÑOS O MULTA DE 18 A 24 MESES
Injurias graves (art. 209)	MULTA DE 11 A 14 MESES ⁸¹
Trato degradante (art. 173)	PRISIÓN DE 1 AÑO Y 3 MESES A 2 AÑOS
Discriminación laboral grave (art. 314)	PRISIÓN DE 1 AÑO Y 3 MESES A 2 AÑOS O MULTA DE 18 A 24 MESES

De las muchas observaciones que se pueden realizar respecto de esta comparación penológica, aquí solo nos vamos a centrar en los casos más llamativos, a la espera de que la práctica y la jurisprudencia puedan ir arrojando luz sobre estas cuestiones.

A) No se alcanza a comprender que el Código Penal Militar se refiera en su artículo 48 al que *amenazare* —sin más distinción— a un subordinado⁸² para castigarlo con la pena de seis meses a cuatro años de *prisión*, cuando

⁷⁹ Dada la diversidad de las figuras delictivas de amenazas que regula el Código Penal, se han indicado aquí las penas de los tipos más y menos graves. Véase lo que se dice, respecto de las amenazas, a continuación de este cuadro comparativo.

⁸⁰ De nuevo se indican los tipos más y menos graves de las coacciones del art. 172 (aunque el artículo 172 bis contiene un tipo penado más gravemente que el del artículo 172.1).

⁸¹ La pena que aquí se indica es la de las injurias graves con publicidad (multa de seis a catorce meses), con la agravante del artículo 22.2.ª, pero téngase en cuenta que las injurias sin publicidad --que podrían equipararse a algunas de los artículos 48 y 50 -- está penadas solo con multa de tres a siete meses.

⁸² Y, en medida parecida, aunque no tan flagrante, al que *coaccionare*.

el Código Penal castiga, bajo la rúbrica «De las amenazas», en los artículos 169 a 171, una pluralidad de conductas delictivas de muy diversa gravedad, como lo demuestran las penas que se imponen, que van desde la *multa* de uno a tres meses (para el delito de amenazas leves del artículo 171.7, incorporado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo), hasta la *prisión* de uno a cinco años cuando la amenaza consista en causar un mal constitutivo de delito⁸³, la amenaza fuere bajo condición y el culpable hubiere conseguido su propósito (artículo 169.1.º)⁸⁴. Aunque, respecto del delito de amenazas leves, pueda argumentarse que se introdujo en el Código Penal por una reforma de tramitación simultánea a la del nuevo Código Penal Militar y que por ello no pudo ser tenido en cuenta en este⁸⁵ —dando lugar a castigar con una pena mínima de seis meses de *prisión* un delito cuya pena máxima en el Código Penal es la de *multa* de tres meses—, lo cierto es que, cuando se tramitaba el código castrense, ya llevaba vigente casi una década el artículo 169.1.º del Código Penal en el que, para un tipo determinado de amenazas, se impone una pena de hasta cinco años de prisión (superior, por tanto, a los cuatro años de prisión del delito militar de amenazas con abuso de superioridad).

B) Respecto de las injurias hay que recordar que el artículo 208 del Código Penal considera —desde 1995— que «solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves»⁸⁶, mientras que el Código Penal Militar distingue, entre las *injurias* del artículo 48 y las *injurias graves* del artículo 50, castigando por tanto como delito las injurias no graves (expresamente descriminalizadas por el Código Penal) cuando concurre una relación jerárquica de superioridad e imponiéndoles, además, una pena de seis meses a cuatro años de *prisión* (!).

Para el caso de las injurias graves entre militares del mismo empleo, sorprende desde luego que, frente a la pena de *multa* del Código Penal (de

⁸³ De homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico.

⁸⁴ Castiga también el Código Penal las amenazas dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional (artículo 170); el exigir de otro una cantidad o recompensa bajo la amenaza de revelar o difundir hechos referentes a su vida privada o relaciones familiares; la amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito; las amenazas leves a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad; las amenazas leves a persona especialmente vulnerable que conviva con el autor; las amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos en el ámbito familiar, y el ya citado tipo básico de amenazas leves (artículo 171).

⁸⁵ En realidad, el Código Penal Militar de 2015 se promulgó más de seis meses después de la Ley Orgánica 1/2015.

⁸⁶ Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 173.

seis a catorce meses, si son con publicidad, y de tres a siete meses, si no lo son), el Código Penal Militar contemple como única pena la de *prisión* de seis meses a dos años.

C) Respecto de las penas menos graves de aquel cuadro comparativo, otro tanto podemos decir en el caso de figuras delictivas como las coacciones, la discriminación laboral grave o el acoso sexual, para las que el Código Penal contempla la de *multa* (en ocasiones como pena única y en otras como pena alternativa a la de prisión), mientras que el Código Penal Militar, en su artículo 48, solo prevé para los mismos tipos la pena de *prisión* de seis meses a cuatro años (y la de *prisión* de seis meses a dos años en el artículo 50).

En definitiva, si en el caso del artículo 47 podría llegar a entenderse que el Código Penal Militar no cumplía con la previsible agravación penológica derivada de la mayor exigencia profesional que se impone al militar, en los casos de las figuras delictivas de menor entidad de los artículos 48 y 50 entendemos que excede con mucho una racional agravación de la pena por esa misma circunstancia. Hay que tener presente que el propio código castrense entiende, en la mayoría de las ocasiones en que utiliza las penas del Código Penal como término de referencia, que una agravación justa de las penas —por aquella circunstancia— es la de un quinto de su límite máximo, mientras que en este caso nos encontramos con un salto cualitativo y cuantitativo de tal intensidad que, delitos que en el Código Penal se castigan con pena de *multa*, tienen un correlativo en el Código Penal Militar castigado con pena de *prisión* de seis meses a cuatro años (!).

El Código Penal Militar advierte en su preámbulo que «como novedad se establece la pena de multa, que se incorpora como sanción alternativa para determinados delitos culposos», en lo que entendemos una limitación sin justificación frente a determinados tipos penales dolosos de menor entidad que se castigan con pena de multa en el Código Penal y con pena de prisión en el Militar. Lo que nos lleva a pensar que este último texto incurre en ocasiones en un rigor penológico innecesario y en otras en un uso indiscriminado de la pena de prisión. Téngase presente —para justificar esta última afirmación— no solo que no se contemple la pena de multa para ciertos delitos, sino también que, siendo el límite inferior de la pena de prisión el de tres meses y un día (artículo 11), no se utiliza el mismo, sino uno superior, en determinadas ocasiones, como la del artículo 50, que castiga con *pena mínima de prisión de seis meses* todos los delitos que en él se tipifican, entre los que se incluirán, a título de ejemplo, las injurias graves entre militares del mismo empleo, sin publicidad, pero cometidas

en acto de servicio o en lugar militar, *v. gr.*, en un campo de maniobras (hechos que, si ocurrieran fuera de este, se castigarían por el Código Penal con pena de *multa de tres a siete meses*).

Sin duda, los tribunales militares, a la hora de aplicar tipos penales del Código de 2015 —máxime en el caso de estos artículos 48 y 50—, deberán tener presente cuáles son las penas que corresponden a los equivalentes tipos comunes para poder realizar una adecuada y justa individualización de la pena. Con todo, entendemos que en muchos de estos casos el principio de legalidad impedirá reducir las penas previstas en el Código Penal Militar a unos grados que puedan guardar cierta correlación y equidad con las previstas en el Código Penal para conductas equivalentes.

7. CONCLUSIONES

1.^a La inclusión de conductas atentatorias contra la libertad sexual en los delitos contra la disciplina supone una importante novedad del Código Penal Militar de 2015, aunque todavía no ha transcurrido el tiempo suficiente para que la Sala Quinta del Tribunal Supremo se haya pronunciado sobre alguna de las relevantes cuestiones que los nuevos tipos penales plantean.

2.^a La introducción de estas figuras delictivas en el Código Penal Militar es directa heredera de la asunción por los tribunales militares —con aquella Sala Quinta al frente— de la necesidad de castigo de tales conductas por la jurisdicción militar, si bien, ante la ausencia en el Código Penal Militar de 1985 de tipos específicos que castigaran tales atentados, debió acudirse mayoritaria, aunque no exclusivamente, al delito de abuso de autoridad (cuando concurría una relación de superioridad jerárquica militar) del artículo 106 de aquel Código de 1985, en el que se castigaba al superior que tratase a un inferior de manera degradante o inhumana.

3.^a El Código Penal Militar de 2015 castiga los atentados contra la libertad sexual tanto cuando se dan mediando una relación jerárquica entre el autor y la víctima —como delitos contra la disciplina (insulto a superior y abuso de autoridad)— como cuando, en determinadas circunstancias, se dan entre militares del mismo empleo —como delitos contra el ejercicio de los derechos fundamentales por los militares—.

4.^a A la hora de castigar tales atentados, la descripción de la conducta típica no es homogénea, dado que en un caso (delito de insulto a superior) se utiliza una alusión genérica a los atentados contra la libertad sexual, mientras que en otros (delitos de abuso de autoridad y entre militares del

mismo empleo) se distingue el tratamiento de las agresiones y los abusos sexuales, por un lado, y de los acosos sexuales, por otro. Si bien esta diferencia puede estar justificada por razones de técnica normativa, podría provocar algún problema de doble incriminación del acoso sexual en el insulto a superior —a pesar de que reconocemos lo difícil que será que se planteen tales situaciones—, doble incriminación que no puede darse en los otros dos delitos.

5.^a El castigo por separado de la lesión del bien jurídico de naturaleza militar —la disciplina (en los delitos de insulto a superior y abuso de autoridad) o el libre ejercicio de los derechos fundamentales por los militares (en los delitos entre militares del mismo empleo)— y de la lesión del bien jurídico de naturaleza privada —la vida, la integridad corporal, la libertad sexual o la intimidad— hace que no deba apreciarse vulneración del principio *non bis in idem* en los delitos de los artículos 42.1, 46, 47 y 49 del Código Penal Militar, con arreglo a criterios jurisprudenciales consolidados por la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

6.^a La consideración del libre ejercicio de los derechos fundamentales por los militares como un bien jurídico diferenciado de algunos de tales derechos (como la vida, la integridad física y moral o la libertad sexual) puede dar lugar a problemas de entidad en la aplicación del artículo 49 del nuevo Código Penal Militar, dado que en él se prevé el castigo por separado de las conductas que lesionen uno y otro —¿diferentes?— bienes jurídicos.

7.^a Amparándonos en abundante doctrina de esa misma Sala Segunda sobre tipos penales semejantes, entendemos que el nuevo Código Penal Militar, al utilizar la fórmula «sin perjuicio de la pena que corresponda por...», impone la necesidad de castigar los hechos como si se tratara de un concurso real de delitos, esto es, penando por separado el delito militar y el delito común que con él pueda concurrir.

8.^a Se advierte en el nuevo Código Penal Militar una criticable pluralidad de soluciones penológicas, sobre todo cuando se utiliza la referencia de las penas del Código Penal; entendiéndose que hubiera sido preferible acoger una solución homogénea para todos esos casos, como podría ser la ya prevista de incrementar el límite máximo de la pena *común* en un quinto de su duración.

9.^a La corta duración del límite inferior de la pena de prisión prevista en el artículo 47 del Código Penal Militar para los abusos de autoridad integrados por agresiones o abusos sexuales (provocada por el castigo conjunto de conductas de muy diversas gravedad), puede plantear problemas penológicos que solo tendrían solución a través de los artículos 12.1 de la

Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y 1.3 del nuevo Código Penal Militar.

10.^a En los delitos de abuso de autoridad podrá apreciarse un concurso de normas entre el tipo penal militar y el correspondiente tipo penal común agravado por el prevalimiento de una relación de superioridad (específico o por aplicación de la agravante del artículo 22.2.^a del Código Penal); concurso o conflicto de normas que debe resolverse en favor del tipo penal militar por virtud del principio de especialidad, lo cual supondrá atribuir la competencia para el conocimiento de los hechos a la jurisdicción militar, sin perjuicio de que, en última instancia, esta aplique el tipo penal que imponga mayor pena por virtud de lo dispuesto en los dos artículos citados al final del párrafo anterior.

11.^a Se advierte en el nuevo Código Penal Militar un uso de la pena de prisión que entendemos indiscriminado y en ocasiones de un rigor excesivo, como para algunas de las conductas castigadas en los artículos 48 y 50.

12.^a Las múltiples cuestiones penológicas que van a plantearse en la aplicación de los tipos del Código Penal Militar de 2015 que toman como referencia figuras delictivas comunes deberán resolverse por los tribunales militares teniendo muy presentes las penas que en cada caso establece el Código Penal para los tipos equivalentes, de forma que el carácter complementario de inspira aquel código permita dar la mejor solución posible a las notables disfunciones penológicas que en algunos casos se advierten.

TÉCNICAS DE NEGOCIACIÓN JURÍDICA DE ACUERDOS INTERNACIONALES EN EL ÁMBITO DEL MINISTERIO DE DEFENSA

Francisco Javier Hernández Suárez-Llanos
Profesor de la Universidad Internacional de La Rioja
Comandante Auditor
Miembro del Grupo de Investigación Globalaw (UNIR)

SUMARIO

1. Introducción. 2. La negociación: cuestiones generales. 3. La negociación en el marco de los acuerdos internacionales. 4. Surgimiento y evolución histórica de la negociación de acuerdos internacionales. 5. Las partes en la negociación de acuerdos internacionales. 6. Negociación y naturaleza jurídica de los acuerdos internacionales. 7. El marco contextual en la negociación de acuerdos internacionales. 8. Etapas de la negociación de acuerdos internacionales. 8.1. Preparación de la negociación. 8.2. Procedimiento de negociación. 8.2.1. Técnicas de negociación. 8.2.2. Límites del negociador. 8.2.3. Procedimiento negocial. 8.2.4. Materias que requieren especial atención en la negociación jurídica. 8.3. El cierre de la negociación. 9. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 2 del Real Decreto 415/2016, de 3 de noviembre, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales señala: «Corresponde al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación la dirección de la política exterior y la de la cooperación internacional al desarrollo, de con-

formidad con las directrices del Gobierno y en aplicación del principio de unidad de acción en el exterior».

Con ello se está haciendo bascular en este ministerio la acción exterior del Estado resultando protagonista claro en el ámbito de los acuerdos internacionales que pueda suscribir nuestro país con otros sujetos de derecho internacional.

Sin embargo, sin dejar de ser cierto lo anterior, el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación no es el único ente que proyecta una actividad internacional, no en vano, el Artículo 5. Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado señala: «Son sujetos de la Acción Exterior del Estado los órganos constitucionales, las Administraciones públicas y los órganos administrativos, instituciones y entidades que, en el ejercicio de sus propias competencias, actúan y se proyectan en el exterior».

Entre dichos entes destaca el Ministerio de Defensa cuya acción en el exterior se recoge especialmente en el Artículo 15 de la citada ley cuando señala: «La actuación de las Fuerzas Armadas en el ámbito internacional se enmarcará en el conjunto de la Acción Exterior del Estado, como elemento esencial para garantizar la seguridad y defensa de España y para contribuir a la proyección internacional de España y al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales».

Es manifiesto, especialmente en los últimos años, que la actividad exterior del Ministerio de Defensa ha ido creciendo dadas las necesidades de la defensa como instrumento claro de política internacional que se encuentra al servicio del Gobierno, así como atendida la asunción de compromisos internacionales especialmente con nuestros socios europeos en el ámbito de la UE y con los miembros de la OTAN.

En este punto debe aludirse a las normas-guía sobre tramitación de acuerdos internacionales en el Ministerio de Defensa que señalan:

«Las actividades del Ministerio de defensa en el ámbito internacional han experimentado en los últimos años un notable desarrollo que se ha concretado, entre otras acciones, en el establecimiento d un considerable número de acuerdos de diverso rango y entidad entre el Ministerio, y órganos de él dependientes, con instituciones homólogas de otros países».

Una de las principales formas en las que se articula esta actuación internacional es la negociación, elaboración, tramitación y firma de acuerdos internacionales, que en el ámbito del Ministerio de Defensa pueden ser

suscritos por el ministro de Defensa o por otras autoridades pertenecientes al ministerio cuando obtienen la delegación del citado ministro, o bien conforme al procedimiento reglamentario establecido para la firma de acuerdos internacionales que revisten la naturaleza de tratados internacionales en los términos señalados en el artículos 93 y siguientes de la Constitución española.

La elaboración de acuerdos internacionales, especialmente de los acuerdos de naturaleza no normativa que son los que abarcan la mayoría de la actividad internacional del Ministerio de Defensa, conlleva un proceso clave de negociación, negociación que se lleva a cabo ya desde el comienzo y que demanda la participación de diferentes técnicos especializados entre los que se encuentran los asesores legales, claves en este proceso y cuyas funciones en el ámbito del Ministerio de Defensa, se desempeñan por los miembros del Cuerpo Jurídico Militar.

En definitiva, este estudio tiene por objeto hacer una aproximación al asesoramiento jurídico que se viene desarrollando en la fase de negociación de acuerdos internacionales que se subscriben en el ámbito del Ministerio de Defensa.

2. LA NEGOCIACIÓN: CUESTIONES GENERALES

González García¹ define la negociación como «un proceso mediante el cual dos o más partes, que por diversos motivos tienen una relación de dependencia, hacen tratos con el objetivo de conciliar sus diferencias». Por otro lado, Howard Raiffa, define *negociación* como arte o habilidad de transigir, es decir, «las habilidades interpersonales, la capacidad de emplear toda una canasta de argucias, de regateo y la sabiduría de saber cuándo y cómo usarlas».

Otros autores, consideran la negociación como una técnica en el sentido de que el negociador es un sujeto que además de ser un experto en su ámbito propiamente profesional, también domina diferentes técnicas o habilidades más encaminadas hacia la negociación propiamente dicha tales como habilidades de carácter psicológico o de retórica persuasiva.

En cuanto a los tipos de negociación cabe diferenciar múltiples clasificaciones según otros tantos criterios se utilicen. En este punto podemos distinguir por su objeto:

¹ GONZÁLEZ GARCÍA, M. J. *Técnicas de negociación*. Málaga: Innovación y cualificación 2006, p. 43.

1. La negociación como un proceso más o menos complejo que incluye múltiples actividades como las de carácter económico, político y social, y no solo de los estados, sino también de cualquier otro sujeto público o privado que pretenda un acuerdo adaptado a sus necesidades (proceso complejo que abarca todas las facetas de la vida en relación). En la mayoría de estos casos, la negociación se dirige al intercambio, ya se refiera a bienes, servicios u otro tipo de actividades. Esta negociación es más propia del derecho privado y tiene su ámbito natural en el comercio internacional.

2. La negociación como proceso que busca la solución de conflictos. En estos casos, es un intento para superar conflictos entre las personas o grupos que negocian. Esta tipología se refiere a la negociación como una forma extrajudicial de resolución de conflictos y que se encontraría junto a otras como la conciliación, la mediación, el arbitraje, etc.

3. La negociación como actividad diplomática de los Estados y de los organismos internacionales para encontrar un acuerdo. Esta negociación se articula como un medio para cooperar en una actividad u objetivo común, de tal modo que las distintas partes consigan resultados que no podrían obtener de forma individual. Entra dentro de la llamada negociación colaborativa.

La negociación que interesa a este respecto, es decir, la negociación de acuerdos internacionales participaría de esta última tipología, se encasillaría en el ámbito del derecho público y dentro de ella nos centraremos a la negociación de las cuestiones con trascendencia jurídica².

Por otro lado y siguiendo a Antonio L. Manzanero³ los requisitos para poder negociar son:

— Reconocimiento de la necesidad mutua. Ambas partes deben percibir que se necesitan mutuamente para poder alcanzar sus intereses particulares. En el momento que alguna sienta que no necesita de la otra, la negociación se romperá. Por lo tanto, es conveniente que dejemos patente a la otra parte en qué medida podemos ayudarla en la consecución de sus intereses de modo que se mantenga una actitud de colaboración.

— Similar poder de negociación entre las partes. Si una de las partes implicadas en el conflicto tiene el poder absoluto de la situación y la otra ninguno o existe un desequilibrio desproporcionado, es fácil que la parte

² FERNÁNDEZ MARTOS, S. *Técnicas de negociación*. Vigo: Ideas Propias 2005, p. 10.

³ MANZANERO, A. L. «La negociación como solución a situaciones conflictivas». *Anuario de Psicología Jurídica* 2002, n.º 12, pp. 129-140.

más poderosa tienda a intentar imponer sus posturas dificultando el acuerdo. Por esta razón, debe intentarse equilibrar, de forma que en muchas ocasiones las negociaciones se convierten en un auténtico juego de poder.

— Voluntad de negociar. En términos generales, podríamos decir que dos no negocian si uno no quiere. Por lo tanto, habrá que persuadir a las partes implicadas que la mejor solución posible a la situación de conflicto es alcanzar un acuerdo en el que todas las partes puedan satisfacer sus intereses, pues de lo contrario todos pueden salir perdiendo.

— Existencia de intereses compatibles. Por último, aunque no menos importante, es fundamental que los intereses de ambas partes sean compatibles porque si no es así será difícil llegar a un acuerdo. En ocasiones es necesario redefinir los intereses, trascendiendo las diferentes posiciones de cada una de las partes, de modo que explícitamente las partes sean conscientes de que la ganancia de uno no tiene por qué implicar pérdida en el otro.

En definitiva y para centrar nuestro objeto de estudio, podemos distinguir la negociación en las dos vertientes que vamos a estudiar:

1. Por un lado, la negociación en su concepción tradicional como sistema de acercamiento de posturas que nos lleven a resolver y unificar posturas en relación con una actividad u objetivo común. En este sentido tenemos que destacar que la labor del asesor jurídico resulta muy importante.

2. Por otro lado, la negociación en su vertiente estrictamente jurídica, en cuanto a su necesidad a la hora de poder proceder a asesorar y vigilar la corrección desde el punto de vista jurídico al tiempo de elaborar un acuerdo internacional.

3. LA NEGOCIACIÓN EN EL MARCO DE LOS ACUERDOS INTERNACIONALES

Volviendo a cuestiones conceptuales, las tres acepciones correspondientes al término *negociación* que encontramos en la Real Academia de la Lengua Española son:

1. Tratar y comerciar, comprando y vendiendo o cambiando géneros, mercancías o valores para aumentar el caudal.

2. Tratar asuntos públicos o privados procurando su mejor logro.

3. Tratar por la vía diplomática, de potencia a potencia, un asunto, como un tratado de alianza, de comercio⁴.

En relación con esta última acepción, la negociación de acuerdos internacionales tiene una tradición diplomática clara. En opinión de Morales Lama⁵, a la negociación —como eje fundamental de la actividad diplomática— corresponde garantizar la adecuación de las relaciones entre los Estados. Suele encaminarse a concluir compromisos internacionales, a establecer normas de esa naturaleza y a incrementar el entendimiento político, económico, jurídico o social, así como a consolidar los vínculos amistosos entre los Estados. Es el medio indispensable para prevenir o solucionar situaciones conflictivas o controvertidas. La negociación diplomática no se diferencia de cualquier otra negociación que pueda tener lugar en el ámbito público o privado. Su especificidad viene dada por los temas que son objeto de ella y por ser llevada a cabo por sujetos de derecho internacional a través de sus órganos representativos, que actúan en el marco de las relaciones exteriores. Debido a la aparición de nuevos actores que participan en la sociedad global, se han modificado determinados aspectos de la negociación diplomática, ya que involucra no solo a los Estados soberanos, sino también a organizaciones internacionales, a organizaciones no gubernamentales y a empresas transnacionales.

Siguiendo en el ámbito diplomático, Yturriaga Barberán⁶ considera que la negociación se ha identificado desde la Antigüedad con la diplomacia y el término aparece en cualquiera de las definiciones que de ella dan los distintos autores de la época. Para Grigori Tunkin⁷ la negociación ocupa un lugar tan amplio en la diplomacia y esta se define frecuentemente como el arte de dirigir negociaciones y concluir tratados entre Estados. Harold Nicolson⁸ define la *diplomacia* como «el manejo de las relaciones internacionales mediante la negociación».

⁴ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española* [en línea]. Vigésimotercera edición. 2014. Madrid: Real Academia de la Lengua Española 2014 [Consultado el 19 de diciembre de 2016]. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=QMTFYRQ>.

⁵ MORALES LAMA, M. «La negociación como método diplomático». *Listín Diario*, 8 de Mayo de 2015.

⁶ YTURRIAGA BARBERÁN, J. A. *Los órganos del Estado para las relaciones exteriores. Compendio de Derecho Diplomático y Consular*. Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación 2015, n.º 21, p. 150.

⁷ TUNKIN, G. I. *Theory of International Law*. Londres: E-Dition 1974, p. 273.

⁸ NICOLSON, H. *La Diplomacia*. México: Fondo Económico de Cultura 1975, p. 14.

Desde la perspectiva de los tratados Internacionales, Murgia Rosete⁹ dice: «En el campo de las relaciones internacionales, la manera idónea de resolver los conflictos es mediante las negociaciones internacionales y una de las formas en el que el resultado de las mismas se expresa es por medio de los tratados internacionales». También se refiere a este aspecto de la negociación Remiro Brotons¹⁰ al señalar que «negociar es participar en la elaboración del texto de un tratado, proponiendo, discutiendo, contraofertando o aceptando propuestas para las cláusulas que han de componerlo».

Desde esta óptica, y si acudimos al derecho positivo, el artículo 2 letra f) de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, aporta una definición de *negociación*: «Negociación: proceso por el que se elabora el texto de un tratado internacional», y en la letra g) la definición de *negociador*: «el representante del sujeto de derecho internacional que participa en la elaboración y adopción del texto de un tratado internacional». No en vano ésta estas acepciones serán las que se manejen en este estudio.

4. SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA NEGOCIACIÓN DE ACUERDOS INTERNACIONALES

Se puede decir que la negociación internacional en el marco de la negociación de acuerdos internacionales surge con el nacimiento del concepto de Estado moderno. El rol de mediador que ha tenido la negociación en las relaciones internacionales era debido al hecho que, en aquella época, el derecho internacional no lograba conciliar los intereses nacionales con los intereses supranacionales. En el marco de las contiendas militares, la negociación empieza a tener un importante desarrollo, sucediéndose alianzas entre distintas naciones que de forma *ad hoc*, se articulaban para iniciar campañas militares contra otras naciones.

Durante el siglo XX, la negociación adquirirá un nuevo impulso y una nueva utilidad práctica en correlación con los cambios que experimenta la sociedad de la época y las funciones diplomáticas (que también sufren importantes cambios como consecuencia de los avances tecnológicos en materia de transporte y comunicaciones). El nacimiento de la ONU, el surgimiento de mercados globales internacionales y de alianzas militares

⁹ MURGIA ROSETE, J. A. *El derecho internacional público en la agenda política de las relaciones internacionales*. México: Universidad Autónoma de México 2005, p. 377.

¹⁰ REMIRO BROTONS, A. RIQUELME CORTADO, R. M., ORIHUELA CALATAYUD, E., DÍEZ-HOCHLEITNER, J.; PÉREZ-PRAT DURBÁN, L. *Derecho internacional*. Madrid: McGraw-Hill 1997, p. 204.

especialmente tras la Guerra Fría llevará a la diplomacia a afrontar un desarrollo importante de la actividad internacional a través de la firma de múltiples acuerdos internacionales.

No en vano, tras la Segunda Guerra Mundial, el mundo se caracterizará por una acelerada diversificación de las preocupaciones y conflictos internacionales, por un creciente entrelazamiento entre las distintas sociedades nacionales, y por la multiplicación de los actores —nacionales, multinacionales y transnacionales— con una gran cantidad de intereses.

Otro hito importante en el ámbito de la negociación de los acuerdos internacionales es el Convenio de Viena de 1969 al que España se adhirió a la en julio de 1972. Hasta la entrada en vigor de la primera Convención de Viena, los tratados internacionales que regían las relaciones jurídicas internacionales se establecían de acuerdo con el derecho consuetudinario¹¹. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 es el principal instrumento que regula los tratados. Define un tratado en su artículo 2: «se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular». Las referencias de la Convención a la negociación de estos instrumentos se recogen en diferentes preceptos, como la definición de *plenos poderes*¹², *estado negociador*¹³, la negociación en el proceso de enmienda de un tratado¹⁴, etc.

Es importante señalar que esta Convención entra a regular las diferentes fases de elaboración y suscripción de un tratado internacional. *Grosso modo* podríamos decir que estas fases serían la negociación, la adopción del texto del tratado, la autenticación y la prestación del consentimiento para obligarse.

En cuanto a la fase de negociación, los estados negociadores son aquellos que participan en la elaboración y adopción del texto. Conforme con nuestro ordenamiento jurídico, el inicio del tratado corresponde al Gobierno¹⁵ y en concreto el ministro de Asuntos Exteriores y de cooperación, quien pedirá al Consejo de Ministros la obtención de la plenipotencia y de-

¹¹ GALLEGO HERNANDEZ, A. C. «La ley española de tratados de 2014». Sevilla: *Anuario Español de Derecho Internacional* 2015, vol. 31, p. 194.

¹² Apartado 2.c) un documento que emana de la autoridad competente de un Estado y por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación [...].

¹³ Apartado 2.e) Estado que ha participado en la elaboración y adopción del texto del tratado.

¹⁴ Mencionado en el apartado 40.

¹⁵ Artículo 5.1.d) de la Ley 50/1997 de Funcionamiento del Gobierno.

positará esos poderes en representantes del Estado, que son quienes representarán al país en la negociación. La fase de negociación es la más larga, no en vano puede llegar a durar varios años realizar un texto definitivo que pueda ser suscrito por las partes. Durante esta fase se determinará el objeto, fin y contenido del tratado, así como la redacción de este.

Centrándonos en el ámbito castrense, España empezará a desarrollar en el ámbito militar una actividad internacional en la subscripción de acuerdos internacionales inédita tras su entrada en 1982 en la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), y a tenor de lo señalado en el artículo 3 que señala: «A fin de lograr más eficazmente la realización de los fines del presente tratado, las partes, actuando individual y conjuntamente, de manera continua y efectiva, mediante el esfuerzo propio y la ayuda mutua, mantendrán y acrecerán su capacidad individual y colectiva de resistencia al ataque armado». Este precepto viene a exigir a los países la interacción entre ellos para colaborar en el desarrollo de sus capacidades militares, colaboración que ha exigido una importante labor exterior por parte del Ministerio de Defensa en la negociación de los diferentes acuerdos internacionales.

De forma parecida, y en el ámbito de la UE, la actividad negociadora internacional de nuestro país en el ámbito militar también resulta impulsada a raíz del Tratado de Lisboa que señala:

«Los Estados miembros se comprometen a mejorar progresivamente sus capacidades militares. La Agencia en el ámbito del desarrollo de las capacidades de defensa, la investigación, la adquisición y el armamento (en lo sucesivo denominada “Agencia Europea de Defensa”) determinará las necesidades operativas, fomentará medidas para satisfacerlas, contribuirá a definir y, en su caso, a aplicar cualquier medida oportuna para reforzar la base industrial y tecnológica del sector de la defensa, participará en la definición de una política europea de capacidades y de armamento y asistirá al Consejo en la evaluación de la mejora de las capacidades militares».

Un último acontecimiento normativo de especial importancia en nuestro ordenamiento jurídico en relación con la negociación y tramitación de acuerdos internacionales será la entrada en vigor de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, materia que con anterioridad en España se venía regulando mediante el Decreto 801/1972, de 24 de marzo, sobre la Ordenación de la Actividad de la Administración del Estado en Materia de Tratados Internacionales.

La citada Ley de Tratados tiene una importancia en materia de negociación de acuerdos internacionales que va más allá de lo que vendría a ser un desarrollo o actualización de la normativa española en relación con la regulación de tratados internacionales, toda vez que la nueva ley no se ciñe solamente a la regulación en materia de tratados internacionales, sino que también lo hace respecto a las nuevas formas de acuerdos, como los acuerdos de ejecución de tratados internacionales, normalmente denominados en la práctica española *acuerdos internacionales administrativos* o *los acuerdos internacionales no normativos*, frecuentemente denominados Memorandos de Entendimiento o identificados mediante las siglas MOU (derivadas de la denominación inglesa *Memoranda of Understanding*), que instrumentan la asunción de compromisos políticos. Estos últimos son acuerdos que tienen algunos elementos de carácter internacional, pero no se rigen por el Derecho de los Tratados¹⁶.

En cualquier caso, hay que destacar que la Ley de Tratados nace no solamente por obsolescencia del antiguo decreto, lo hace también debido a la creciente falta de formalismo en el campo de las relaciones internacionales y la proliferación de estos acuerdos no normativos.

5. LAS PARTES EN LA NEGOCIACIÓN DE ACUERDOS INTERNACIONALES

Una de las primeras cuestiones que surgen en la negociación es la identificación de las partes que deben participar y el carácter con el cual los interlocutores han de concurrir a la mesa de negociación.

Tradicionalmente la negociación de acuerdos internacionales a menudo recaía en la actividad propiamente diplomática, y su dirección se realizaba desde las misiones consulares. Como señala Adolfo Maresca¹⁷, «la negociación es la ciencia misma del método diplomático y consiste en la defensa de los intereses del Estado acreditante, no mediante el atropello de los intereses del Estado receptor, sino buscando alcanzar un acuerdo y tendiendo a conseguir un punto de encuentro entre las propuestas del uno y las contrapropuestas del otro».

Sin embargo, hoy en día la negociación se disocia de la misión diplomática y se hace residir en delegaciones propiamente negociadoras que

¹⁶ GALLEGO HERNÁNDEZ, A. C. «La ley española de tratados de 2014». *Anuario Español de Derecho Internacional* 2015, Vol. 31, p. 194.

¹⁷ MARESCA, A. *La missione diplomatica*. Milán: A. Giuffrè 1967, p. 150.

reciben asistencia desde las misiones diplomáticas. Como señala Yturriaga Barberán¹⁸, en un sentido estricto, la negociación tiene por objeto la conclusión de un acuerdo internacional y, en este aspecto, está regulada en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados. En un período de desarrollo de las organizaciones internacionales y de apogeo de la diplomacia de conferencia, la misión diplomática y la diplomacia bilateral han perdido protagonismo en la negociación y celebración de tratados. No obstante, las misiones siguen desempeñando un papel al respecto, especialmente de apoyo logístico y de asesoramiento a las misiones especiales y a las delegaciones en conferencias internacionales enviadas por el Estado acreditante para la negociación de un tratado.

En este punto es de crucial importancia tener en cuenta el objeto de la negociación, y a partir de allí el órgano originador que inicia el proceso de elaboración del acuerdo internacional, y a partir de ahí, deberá seleccionarse a quienes deban participar en las mesas de negociación, como asesores jurídicos, especialistas en cuestiones económicas, ingenieros, negociadores calificados y especialmente expertos en las cuestiones de fondo.

Es importante indicar en este punto el papel que llegan a jugar los agregados militares españoles que se encuentran destinados en el extranjero. A través de ellos las actividades en la negociación de redacción de acuerdos internacionales en el ámbito del Ministerio de Defensa va a ser a menudo clave, facilitando los contactos entre las autoridades concernidas y apoyando a menudo las delegaciones negociadoras españolas que se encuentren en territorio extranjero, ejerciendo una actividad próxima a la propia actividad negociadora que tradicionalmente ha sido asumida por el personal diplomático.

El papel del asesor jurídico o experto legal en las negociaciones de acuerdos internacionales es crucial, toda vez que una de las labores que compete a los servicios jurídicos del estado en el ámbito internacional consiste en participar en conferencias internacionales o delegaciones para la negociación de acuerdos internacionales, labor que encarna una función tan apasionante e interesante como compleja en su articulación¹⁹. Representar al Estado en una negociación internacional encarna una tarea en la que se han de acomodar más que en ninguna otra tarea los argumentos

¹⁸ YTURRIAGA BARBERÁN, J. A. *Los órganos del Estado para las relaciones exteriores Compendio de Derecho Diplomático y Consular*. Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación 2015, n.º 21, p. 151.

¹⁹ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. *La labor de asesoramiento jurídico internacional al gobierno: el papel de la A.JI*. Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores 2014, Colección Escuela Diplomática n.º 20, p. 25 y ss.

jurídicos a los intereses del Estado, a través de un correcto planteamiento jurídico.

Continuando con el mismo precepto legal, artículo 2 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, hay que tener en cuenta la definición de negociador que recoge la letra g) negociador: el representante del sujeto de derecho internacional que participa en la elaboración y adopción del texto de un tratado internacional.

Es claro que el concepto representante no ha de entenderse en sentido estricto. El nombramiento de representante oficial del Reino de España para negociar o asistir a un asunto de carácter internacional tiene un carácter formal y precisa de unos requisitos procedimentales, especialmente un documento en el que se señala de forma oficial la designación de dicho nombramiento, que no tiene sin embargo la designación de los componentes de la comisión negociadora que participara en cada caso en la negociación para la redacción de un borrador que lleve a la suscripción del acuerdo. En este sentido, en el ámbito de los tratados y convenios internacionales se habla de plenos poderes para referirse a capacidad, competencia y facultad que la autoridad competente concede por escrito a una persona para la ejecución de todos los actos relativos a la celebración de un tratado internacional, la adopción del texto del tratado y para manifestar el consentimiento del estado para obligarse. El Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados señala en su punto 2:

«Entiende por *plenos poderes* un documento que emana de la autoridad competente de un Estado y por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación, la adopción o la autenticación del texto de un tratado, para expresar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado».

La designación de los miembros de la comisión negociadora en los acuerdos internacionales no normativos suele, por el contrario, consistir en una mera contestación de la unidad a la que pertenece el designado y en contestación al requerimiento realizado por el órgano originador que va a tutelar los trabajos de negociación y redacción del acuerdo.

Normalmente en los acuerdos que se suscriben en el ámbito del Ministerio de Defensa, la comisión negociadora española estará compuesta por personal perteneciente a dicho ministerio y en concreto al órgano originador que promueve la suscripción del acuerdo por su carácter técnico

en el ámbito en el que el acuerdo pretende firmarse²⁰, y las funciones que competen al experto legal, en caso de que sea necesaria su concurrencia, la habrá de asumir personal perteneciente al Cuerpo Jurídico Militar. No en vano, el papel habitual y normal del asesor jurídico en las negociaciones de tratados internacionales es el de un miembro más dentro de la delegación española de que se trate, y su función será apoyar adecuadamente en los escollos jurídicos que pudieran surgir a lo largo de estas.

Ello no es óbice para que en determinados casos y por concurrir ámbitos multidepartamentales pudiera ser necesaria la participación en las negociaciones personal de otros ministerios, a menudo del Ministerio de Hacienda y Función Pública²¹, del Ministerio del Interior o del Ministerio de Fomento²². E igualmente también es factible que miembros del Cuerpo Jurídico Militar puedan integrar comisiones negociadoras en ámbitos en principio ajenos al Ministerio de Defensa, pero que por el objeto de estas sea conveniente su concurrencia en las negociaciones²³.

Aunque los miembros de la comisión negociadora son intercambiables, por ejemplo, el asesor legal puede ser sustituido en cualquier momento, lo cierto es que es conveniente cierta permanencia de los designados al objeto de hacer más manejable los trabajos por las mismas personas que ya conocen la trayectoria y que han participado ya en las cuestiones que se han podido venir presentando en las mesas de negociación. Además, el asesor legal deberá como norma general pertenecer a la asesoría jurídica que preste los servicios en el nivel y ámbito correspondiente al cual pertenezca el órgano originador, ya se trate del Ejército de Tierra, de la Armada, del Ejército del Aire, la Guardia civil, Órgano central del Ministerio de Defen-

²⁰ En este sentido, las normas-guía sobre tramitación de acuerdos internacionales en el Ministerio de Defensa señalan que cualquier órgano del Ministerio de Defensa puede, en el desarrollo de sus cometidos, advertir la necesidad o conveniencia de establecer acuerdos de cooperación con órganos similares de otros países.

²¹ Por ejemplo, cabe citar a las negociaciones que se sucedieron para la elaboración del Canje de Cartas que hubo de suscribirse en el ámbito del SOFA OTAN entre el JEMAD y SACEUR, en cuya preparación y negociación el Ministerio de Hacienda tuvo un papel importante, ya que hubo de incluirse cláusulas relativas a los privilegios tributarios que habrían de aplicarse al personal de la OTAN que por sus funciones reside en territorio español.

²² Conforme a la nomenclatura utilizada en el Real Decreto 415/2016, de 3 de noviembre, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales.

²³ Por ejemplo, en la negociación del protocolo SNP al *Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas*, 1996, suscrito en el ámbito del Ministerio de Fomento, cuyos trabajos de redacción se llevaron a cabo en la Organización Marítima Internacional, en su sede en Londres, participó personal del Cuerpo Jurídico Militar destinado en la Armada.

sa, etc. Pero en cualquier caso existe en la actualidad una gran elasticidad para evaluar la competencia de los integrantes de la comisión negociadora.

Además, tal elasticidad a la hora de evaluar la competencia de los integrantes de la comisión negociadora, se debe también a que esta puede ser especialmente tolerante en el proceso de negociación, en el cual, dado que aún no se aborda una tramitación administrativa más formal de lo negociado, no existe problema en permitir cierto margen en la competencia, dado que, en todo caso, los extremos contenidos en el borrador que se acuerde podrán ser aceptados o no por quien tenga la atribución de llevar a cabo la tramitación reglamentaria del acuerdo.

Otra cuestión es la conveniencia de que los integrantes de la comisión negociadora evalúen previamente el grado de respaldo que sus acciones pueden tener en su legislación interna y por quienes deben aprobar el texto definitivo que haya de remitirse para su tramitación reglamentaria y por la autoridad que haya de firmar o delegar su firma, que en el caso de acuerdo internacional no normativo de que se trata, lo será siempre el ministro de Defensa.

6. NEGOCIACIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ACUERDOS INTERNACIONALES

El artículo 11 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, bajo la rúbrica «Negociación» señala: «Los departamentos ministeriales negociarán los tratados internacionales en el ámbito de sus respectivas competencias, en coordinación con el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación».

De tal forma, la competencia para negociar tratados internacionales la ostentan los diferentes ministerios en coordinación con el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. A más abundamiento, el Artículo 5 de la Ley 25/2014 señala en relación con la negociación de Acuerdos Internacionales: «Corresponderá a los departamentos ministeriales respecto de los tratados y otros acuerdos internacionales que les afecten en el ámbito de sus respectivas competencias: a) La iniciativa en la negociación del tratado o acuerdo. b) El planteamiento, desarrollo y conclusión de la negociación [...]».

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la citada Ley 25/2014 contempla en su artículo 2, junto con los tratados internacionales, otros acuerdos de diferente naturaleza. En este punto debe citarse también a los *acuerdos internacionales administrativos* y a los *acuerdos internacionales no*

normativos, que como se señalaba con anterioridad cubren la mayor parte de los procesos negociadores que se desarrollan en la actividad exterior que compete al Ministerio de Defensa.

Según el mismo precepto legal, el *acuerdo internacional administrativo* es un acuerdo de carácter internacional no constitutivo de tratado cuya celebración está prevista en el tratado que ejecuta o concreta, cuyo contenido habitual es de naturaleza técnica cualquiera que sea su denominación y que se rige por el derecho internacional. Un *acuerdo internacional no normativo*, por el contrario, es el acuerdo de carácter internacional no constitutivo de tratado ni de acuerdo internacional administrativo que contiene declaraciones de intenciones o establece compromisos de actuación de contenido político, técnico o logístico, y no constituye fuente de obligaciones internacionales ni se rige por el derecho internacional.

Hay que tener en cuenta que, a menudo, la negociación de acuerdos internacionales que inicialmente se pretendía tramitar como acuerdos no normativos, no impide su calificación por la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación como tratados internacionales, cuando concurren las condiciones enunciadas en los artículos 93 y siguientes de la Constitución española.

En cualquier caso, la calificación de un acuerdo internacional como tratado o como acuerdo administrativo o acuerdo no normativo condicionará necesariamente las técnicas de negociación internacional, especialmente desde la perspectiva legal toda vez que la naturaleza jurídica del acuerdo que le va a llevar a tener un mayor o menos grado de obligación para los firmantes de este condicionará la acción negociadora del texto por parte de los asesores jurídicos que participen en las reuniones que se celebren para la redacción de los diferentes acuerdos.

En este punto debe aludirse a las normas-guía sobre tramitación de acuerdos internacionales en el Ministerio de Defensa, y en concreto el apartado 3 de las citadas normas, que especifica una serie de directrices que deben respetarse durante la redacción de acuerdos no normativos, es decir, de acuerdos en los que no hay una voluntad de las partes de someterse al derecho internacional. La singularidad e importancia de tales directrices aconseja reproducirlas en este punto ya que la negociación de los diferentes borradores requerirá a menudo pronunciarse aconsejando respetar las siguientes directrices:

1. Nunca debe expresarse en el texto del correspondiente acuerdo la voluntad de las partes de someterse al derecho internacional.

2. No debe denominarse al acuerdo como tratado, convenio, convención, etcétera. Los términos más usuales a utilizar son comunicado, programa, memorando, minuta, acta, declaración conjunta, etcétera.

3. Hay que utilizar expresiones que no surgieran la idea de obligación legal y excluir verbos en imperativo.

4. No debe indicarse como sujetos de los compromisos al Reino de España a España, a los Estados, a las altas partes contratantes, incluso a las Partes, con mayúscula, sino al órgano o autoridad que los asume, y en el caso de hacer referencia a las partes, este término debe ponerse en minúscula.

5. Conviene reducir lo más posible las formalidades del escrito, evitando los párrafos preambulares y adoptando una redacción menos formal que en un tratado.

6. Conviene evitar la sistematización de texto, difuminar en lo posible la articulación, recurriendo una simple numeración sucesiva (1, 2, 3...), en lugar de la articulada (artículo 1, artículo 2, etc.). Si el texto es breve, se puede incluso evitar toda forma de numeración.

7. Asimismo, conviene evitar cláusulas finales que prevean la formalización del acuerdo con posterioridad a su firma, formulación de reservas, alusiones a la entrada en vigor, denuncia y arreglo de controversias que vayan más allá de la previsión de consultas. Eliminar cualquier previsión de responsabilidad por incumplimiento.

8. Es preferible la utilización de un texto no firmado a un texto firmado; si se recurre a un texto firmado, no se utilizará en ningún caso plenipotencia para firma.

Por el contrario, en caso de negociación de acuerdos internacionales que conlleven una naturaleza normativa y que sean capaces de obligar desde una perspectiva jurídica, el asesoramiento jurídico deberá asegurar que las formalidades y las cláusulas prototípicas de los tratados internacionales se incorporen en los borradores y textos que sean objeto de negociación.

Por ejemplo, en el Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América sobre Cooperación para la Defensa, anejos y canjes de notas anejas a este, hecho en Madrid el 1 de diciembre de 1988, podemos encontrar diferentes cláusulas que marcan el carácter normativo del convenio como por ejemplo: «el presente convenio y sus anejos, que forman parte del mismo, entraran en vigor cuando las partes se comuniquen por escrito que han cumplido los respectivos requisitos constitucionales» o «hasta que se complete esta retirada, seguirán en vigor todos los derechos,

privilegios y obligaciones de ambas partes que se deriven del convenio, disposiciones que se recogen a lo largo de su articulado».

Asimismo, los elementos formales asemejan los textos de dichos acuerdos internacionales a auténticos textos legislativos con sus preámbulos, capítulos y artículos.

La dicotomía *acuerdo normativo/acuerdo no normativo* suele generar en el proceso de negociación una importante fuente de problemas cuando se pretende introducir por parte de un equipo negociador cláusulas que pueden contradecir alguna disposición de carácter general del Estado al que pertenece el otro u otros equipos negociadores. Por ejemplo, en el caso de España, si partimos de la intención de suscribir un acuerdo no normativo, por ejemplo un MOU o un acuerdo técnico, la inclusión de este tipo de cláusulas adulterarían la naturaleza extrajurídica del acuerdo y lo transmutaría en un acuerdo internacional normativo, ya tratado internacional, ya acuerdo administrativo.

Normalmente dichos problemas se terminan resolviendo con facilidad, ya que los diferentes Estados de nuestro entorno cuentan con sistemas jurídicos próximos al nuestro y legalidades que presentan los mismos problemas, permitiendo llegar a acuerdos de compromiso que excluyen cláusulas obligacionales en los acuerdos no normativos.

En cualquier caso y habida cuenta de que este trabajo se centra en la acción exterior del Ministerio de Defensa, nos centraremos en los acuerdos no normativos ya que son estos los que de forma habitual más se suscriben entre el Gobierno del Reino de España y los gobiernos de otros países en el ámbito de la defensa, siendo los tratados internacionales menos frecuentes en la actividad cotidiana del citado ministerio.

Dentro del ámbito de los acuerdos no normativos y siguiendo a Poyato Ariza²⁴, cabe distinguir en el ámbito del Ministerio de Defensa tres tipos básicos de acuerdos no normativos:

1. Acuerdos derivados de los planes generales de política exterior.

Los planes generales de política exterior suelen incluir proyectos de acercamiento a determinados países, materializados por el establecimiento de acuerdos formales en áreas tales como la defensa. En virtud de estos planes de política exterior, el Gobierno a través del Ministerio de Defensa

²⁴ POYATO ARIZA, J. L. «Los MoU,s. Fundamento jurídico. Tipos y competencias para suscribirlos. Los arreglos Técnicos». *Lecciones de derecho operativo*. Madrid: Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica 2001, pp. 172 y 173.

o del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, en su papel de coordinador de la acción exterior del Estado, ejerce la iniciativa para la suscripción de acuerdos internacionales que se encuadrarían bajo esta tipología de acuerdos internacionales no normativos.

2. Acuerdos originados a iniciativa de algún órgano del Ministerio de Defensa.

También puede ocurrir, y de hecho se produce de forma habitual, que diferentes autoridades u organismos consideren oportuno la suscripción de acuerdos no normativos en el ámbito de sus competencias con otras autoridades análogas de otros países. En este caso, la iniciativa, que vendría dada desde dichos órganos, exige que previamente se notifique a la Dirección General de Política de Defensa (DIGENPOL) con remisión de datos razones que aconsejen la firma del acuerdo, para que valore bajo el prisma de la política de defensa la oportunidad para que comiencen los contactos al objeto de iniciar su negociación.

3. Acuerdos originados a iniciativa de la otra parte.

También puede ocurrir que sean organismos y autoridades de otros países los que tomen la iniciativa para la firma de un acuerdo internacional en el ámbito del Ministerio de Defensa. Con frecuencia, en el curso de conferencias, reuniones o visitas oficiales se hacen propuestas para el establecimiento de acuerdos bilaterales o multilaterales.

7. EL MARCO CONTEXTUAL EN LA NEGOCIACIÓN DE ACUERDOS INTERNACIONALES

Con carácter previo a la negociación las partes deben tener en cuenta y analizar el marco en el que se va a desarrollar la negociación, si es en un país participante en la negociación, si es en nuestro país, si es en la sede de una organización internacional (normalmente OTAN o UE), el momento en que la negociación se produce, así como los antecedentes de la negociación que pueden ser definitivos a la hora de emprender un proceso de redacción de un texto internacional.

En primer lugar, debe señalarse que antes de agendar las primeras reuniones entre las delegaciones participantes que integran asesores jurídicos, los textos o borradores de trabajo sobre los que va a recaer la actividad de

negociación suelen ser objeto de un desarrollo previo a través de los contactos (normalmente por correo electrónico) que permitan disponer de un borrador lo suficientemente depurado.

Esta falta de *contacto directo* previo no implica que el apoyo legal no se produzca durante esta fase ya que los borradores son facilitados a las correspondientes asesorías jurídicas de aquellos mandos de los que dependan los órganos originadores del acuerdo internacional que se pretende negociar y firmar.

El lugar de negociación a menudo no afecta a las técnicas de negociación legal entre las comisiones participantes en la redacción de un borrador de trabajo. Normalmente en los acuerdos bilaterales, las sesiones de trabajo se desarrollan en los dos países participantes, desplazándose la correspondiente delegación con los medios de que disponga al país interlocutor. En tales casos, cuando es la delegación española la que se traslada al extranjero, no siempre va a disponer de las facilidades que tendría para desplegar su actividad que las que tendría en España. Esto deberá ser tenido en cuenta especialmente en cuestiones tales como la comunicación con superiores jerárquicos, autoridades y órganos consultivos que podrían ser consultados en el momento de negociar los términos del acuerdo. Aunque los medios de que van a disponer, como correo electrónico e incluso llamadas telefónicas, podrán estar a disposición de las delegaciones, no siempre responderán estos a la urgencia y premura que a menudo requieren los trabajos de negociación, haciéndolos menos manejables para la delegación que se traslada al extranjero.

Igualmente ocurre con los acuerdos multilaterales, que suelen negociarse bien en las sedes de las organizaciones internacionales que auspician dichos trabajos (por ejemplo, la EDA en el ámbito de la UE, o SHAPE en el ámbito OTAN) o en las de los países originadores y patrocinadores del objeto sobre el que recae el acuerdo que pretende suscribirse. Aunque por lo general dichas sedes suelen responder a las necesidades de las delegaciones visitantes, no cabe duda que la lejanía del territorio nacional podrá suponer una desventaja que no se daría si la negociación tuviera lugar en el territorio nacional.

8. ETAPAS DE LA NEGOCIACIÓN DE ACUERDOS INTERNACIONALES

Analizando de forma más analítica el proceso de negociación, cabe diferenciar las siguientes etapas propias de una negociación en el marco de

los acuerdos internacionales no normativos que pretendan suscribirse en el ámbito del Ministerio de Defensa.

8.1. PREPARACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN

La planificación es una parte crítica en la negociación, toda vez que una buena preparación previa es la mejor forma de asegurar una negociación satisfactoria. Un negociador sin una adecuada preparación no tendrá otra opción que la de limitarse a reaccionar ante los acontecimientos sin poder dirigirlos, y su poder negociador será probablemente inferior a su interlocutor en la mesa de negociación. Esta preparación bascula entre diferentes aspectos, si bien hay que referirse a dos fundamentales como son la definición de la estrategia a seguir (en la que cabe referirse por ejemplo a aspectos técnicos sobre qué información se va a proporcionar y cuál no, el establecimiento de los objetivos que se persiguen, etc.), y la elaboración de la agenda de negociación.

Pero antes ha de advertirse que la negociación conlleva previamente a las primeras sesiones de trabajo la realización de un trabajo previo. Como se comentó, antes de comenzar las negociaciones directas a través de las delegaciones de los países en sesiones de trabajo, los borradores que se van a presentar a estos son ya redactados previamente a través de otros tantos contactos, normalmente por correo electrónico, en los que el asesor jurídico aporta ya un primer asesoramiento jurídico.

Dicho asesoramiento en este estadio previo se articula bien a través de contactos por correo electrónico o bien mediante sesiones de trabajo de los propios integrantes de la comisión o delegación y que, por ello, se desarrollan todavía en territorio nacional.

Además, es usual que los primeros borradores pretendan remitirse a las asesorías jurídicas competentes para recabar un primera valoración inicial y que revista cierta formalidad con el aval del asesor jurídico titular de la citada asesoría jurídica. Aunque normalmente el borrador definitivo que haya de tramitarse reglamentariamente para recabar su firma y que deberá ser trasladado a la asesoría jurídica competente para informe como reglamentan las diferentes instrucciones internas de los Cuarteles Generales de los tres Ejércitos, no es extraño que quizá por un exceso de prudencia se recaben informes *anticipados* de tales asesorías, práctica esta que no resulta recomendable, dado que la participación del asesor jurídico en las negociaciones debe ser tenida como garantía suficiente para salvaguardar el control legal durante los trabajos de redacción de los correspondientes

textos internacionales. En definitiva, deberán pasar a informe de las asesorías jurídicas solo los borradores definitivos y previamente a su tramitación reglamentaria mediante su traslado a DIGENPOL para recabar la firma con toda la documentación que resulte pertinente (memorias económicas y justificativas, etc.).

Normalmente, y dado que el asesor jurídico que forma parte de una comisión o delegación negociadora deberá tener suficiente nivel en el dominio de la lengua extranjera (normalmente el inglés), lo cierto es que los borradores que pretendan ser informados formalmente por las asesorías jurídicas deberán ser siempre traducidos al español con carácter previo a su remisión.

No obstante, el experto legal que forma parte de la delegación negociadora deberá asumir un asesoramiento en el idioma utilizado en estas, normalmente el inglés, ya que como parte de dicha comisión, deberá trabajar directamente sobre los textos en el idioma de que se trate sin necesidad de que haya de traducirse al español. Las consultas que puedan efectuarse, así como la negociación en sí, se desarrollarán en el idioma en el que se vayan redactando dichos borradores, ya que se trata de un asesoramiento al margen de la tramitación reglamentaria del acuerdo en la Administración Pública, y su dinámica se insertará en la misma dinámica que discurra durante los debates que se sucedan con los interlocutores pertenecientes a los demás países negociadores.

En cualquier caso, el asesor jurídico que participe en las negociaciones deberá recabar previamente la documentación necesaria para atender las negociaciones tanto legal (doctrina, dictámenes, informes, jurisprudencia etc., en el ámbito del derecho internacional público) como de otro carácter, como son los contactos de los organizadores; si, por ejemplo, el acuerdo se tutela desde una organización internacional, de los asesores legales de los otros países, creándose listas de correo y a menudo grupos de trabajo propios en cuyo seno se trabajará y negociarán los aspectos legales de los borradores, etc.

En este punto, órganos de gran importancia a la hora de realizar contactos previos a las negociaciones por parte de los asesores jurídicos intervinientes en las negociaciones serán: la Subdirección General de Planes y Relaciones Internacionales (en DIGENPOL), la Asesoría Jurídica General del Ministerio de Defensa, la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, etc. Aunque dichos órganos administrativos tendrán un papel relevante al tiempo de la tramitación reglamentaria de los borradores definitivos que hayan de elevarse al Ministro de Defensa para su firma o para recabar la delegación de la misma, lo cierto es que son órganos

que también pueden resultar de utilidad a la hora de recabar información y cualquier otra ayuda que el asesor jurídico pueda precisar.

En cualquier caso, lo más aconsejable es intentar realizar las gestiones oportunas en territorio nacional con carácter previo a los debates que se puedan desarrollar, tanto en territorio nacional como en territorio extranjero, para recabar cuantas instrucciones sean necesarias para poder responder adecuadamente en los debates que se vayan a suceder en los trabajos de negociación de acuerdos internacionales. Estas instrucciones serán impartidas normalmente desde los Estados Mayores de los tres Ejércitos, de Direcciones Generales del Ministerio de Defensa que sean competentes en los ámbitos en los que dichas decisiones deban tomarse. Si bien también suele ser clave a este respecto las instrucciones que puedan recabarse desde otros centros directivos del departamento.

En este sentido cabe hacer alusión a los siguientes:

1. En materia propiamente legal, las instrucciones deberán, en caso de ser necesario, recabarse de la Asesoría Jurídica General, a la cual le corresponde según el artículo 11 del Real Decreto 454/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa:

«2. La función de asesoramiento jurídico, función única en el ámbito del Departamento, se ejerce bajo la dirección del Asesor Jurídico General de la Defensa quien, a tal fin, puede dictar instrucciones a las asesorías jurídicas de los cuarteles generales de los ejércitos y a cualquier otra en el ámbito del Departamento, así como evacuar las consultas que le formulen tendentes a asegurar la debida coordinación y unidad de criterio».

2. La Dirección General de Política de Defensa (DIGENPOL), habida cuenta de que conforme al artículo 15:

«1. La Dirección General de Política de Defensa es el órgano directivo al que le corresponde la planificación y desarrollo de la política de defensa. A estos efectos, dependen funcionalmente de esta dirección general los órganos competentes en las citadas materias de las Fuerzas Armadas y de los organismos autónomos del Departamento. 2. Corresponden a esta dirección general, en el ámbito de sus competencias, las siguientes funciones: [...] b) Elaborar las directrices de política de defensa y realizar su seguimiento. c) Controlar el desarrollo del Plan de Diplomacia de Defensa. d) Elaborar las líneas generales de desarrollo de las directrices de política de defensa para la participación en organizaciones internacionales de seguridad y defensa».

3. Continuando con la misma disposición reglamentaria, entre otros organismos y direcciones que pueden resultar de interés para recabar direc-

trices al tiempo de negociar acuerdos internacionales en el ámbito del Ministerio de Defensa, tenemos la Dirección General de Armamento y Material, cuyo artículo 4 le atribuye entre otras, las siguientes competencias:

«c) Ejercer las competencias que se le atribuyan para negociar y gestionar la cooperación industrial, controlar las transferencias de tecnología nacional a terceros países, así como la obtenida de programas, acuerdos o convenios internacionales. d) Impulsar, junto con la Dirección General de Política de Defensa, las relaciones bilaterales, ejerciendo la representación nacional en los foros multinacionales. e) Impulsar el apoyo institucional a la internacionalización de la industria española de defensa, coordinar la promoción internacional de la enajenación de bienes muebles y productos de defensa y, en coordinación con la Dirección General de Política de Defensa, dirigir las actuaciones de los agregados y consejeros de defensa. f) Ejercer las competencias atribuidas en relación con el control del comercio exterior de material de defensa y de productos y tecnologías de doble uso y la gestión de las inversiones extranjeras en España, relacionadas con la defensa. g) Proponer y dirigir los planes y programas de investigación y desarrollo de sistemas de armas y equipos de interés para la defensa nacional, en coordinación con los organismos nacionales e internacionales competentes en este ámbito».

4. También se incluiría entre los órganos que por su competencia pueden ser consultados antes de proceder a negociar un acuerdo internacional, la Dirección General de Asuntos Económicos a la que corresponde: «la planificación y desarrollo de la política económica y financiera del Departamento, así como la supervisión y dirección de su ejecución», así como «d) Administrar los recursos financieros que se le asignen y los no atribuidos expresamente a otros órganos del Ministerio, así como los destinados a las adquisiciones en el extranjero, las operaciones de paz y ayuda humanitaria, y al funcionamiento de las agregadurías y los consejeros de defensa y representaciones militares²⁵».

5. La Dirección General de Infraestructura a la que corresponde: «controlar los programas y proyectos internacionales y relacionarse, en coordinación con la Dirección General de Política de Defensa, con organismos internacionales en materia de infraestructura»²⁶.

6. O la Dirección General de Reclutamiento y Enseñanza Militar a la que corresponde «elaborar, en coordinación con la Dirección General de

²⁵ Artículo 5 del Real Decreto 454/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la Estructura Orgánica Básica del Ministerio de Defensa.

²⁶ Artículo 6 del Real Decreto 454/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la Estructura Orgánica Básica del Ministerio de Defensa.

Política de Defensa, los programas de cooperación internacional en materia de enseñanza y dirigir su ejecución»²⁷.

Con independencia de lo anterior, previamente a la negociación de un acuerdo internacional de los denominados no normativos en el ámbito del Ministerio de Defensa, debe recabarse la oportunidad *política* a DIGENPOL para poder iniciar los contactos con la contraparte.

En este punto debe citarse el apartado 2 de las normas-guía sobre tramitación de acuerdos internacionales en el Ministerio de Defensa, que señala para el caso de acuerdos originados a iniciativa de algún órgano del Ministerio de Defensa que «[...] cualquier paso en la esfera internacional, por mínimo que parezca, puede tener significado, por lo que es muy conveniente que aquellos órganos actúen de acuerdo con las directrices generales de política exterior [...]». Por ello, «cuando se sienta la necesidad o conveniencia de celebrar un acuerdo, el primer paso debe ser informar a DIGENPOL facilitándole los datos y razones en que esta se basa». A resultas del análisis que lleve a cabo DIGENPOL de la propuesta, pudiendo hacer las apropiadas consultas de nivel superior dentro del Ministerio y con el Ministerio de Asuntos Exteriores, decidirá aconsejando o desaconsejando la apertura de negociaciones para la suscripción del acuerdo. Incluso si la amplitud del acuerdo u otras circunstancias que pudieran concurrir, cabría que el propio DIGENPOL pueda asumir la dirección en la elaboración y negociación con el asesoramiento técnico del promotor.

8.2. PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN

Volviendo a la perspectiva de la actividad diplomática, la negociación puede ser contemplada desde una perspectiva amplia, en el sentido de comprender los contactos y las conversaciones que mantiene la misión diplomática con las autoridades del Estado receptor sobre cualquier tema, con el objetivo de conseguir que dicho Estado adopte un comportamiento o una posición determinada²⁸. Para Martínez Morcillo²⁹, la negociación es un

²⁷ Artículo 10 del Real Decreto 454/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la Estructura Orgánica Básica del Ministerio de Defensa.

²⁸ YTURRIAGA BARBERÁN, J. A. *Los órganos del Estado para las relaciones exteriores. Compendio de Derecho Diplomático y Consular*. Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación 2015, n.º 21, p.150.

²⁹ MARTINEZ MORCILLO, A. «La función diplomática». *España y la práctica del Derecho Internacional*. Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación 2014, Colección Escuela Diplomática, p. 350,.

procedimiento específico por el que varios sujetos dotados de personalidad jurídica internacional buscan un acuerdo sobre un tema de interés común.

El procedimiento de negociación es la parte central de la negociación. Se trata de un diálogo por turno, en forma oral (excepto los resultados que se consignan por escrito), en el cual ambas partes hacen valer sus propios argumentos para conseguir las redacciones que más interesen en el acuerdo que haya de suscribirse. Y es en esta fase cuando se desarrollan propiamente las técnicas de negociación argumentando, escuchando atentamente la argumentación de las demás partes, para conocer la información de la otra parte, sea verbal o no verbal, entrando en juego las habilidades tanto de expresión propia como de interpretación de los gestos y expresiones e la contraparte se sucedan en las sesiones de trabajo. Es la etapa en que se utilizan tácticas de negociación y donde la destreza del negociador va a ser importante a fin de lograr obtener un acuerdo.

8.2.1. Técnicas de negociación

Las técnicas de negociación son reglas y procedimientos de uso en las negociaciones que pueden facilitar la conclusión de un acuerdo satisfactorio.

Los obstáculos que con mayor frecuencia surgen en un proceso negociador para el negociador experto legal se pueden reducir a los siguientes:

1. La reacción inapropiada o realizada en un momento inoportuno. Es un obstáculo de carácter interno del propio negociador, en tanto que los seres humanos son máquinas de reacción, por lo que hay que procurar saber esperar a los momentos adecuados para tener reacciones adecuadas. Esto ocurre por ejemplo cuando se hacen valer argumentos anticipadamente a cuestiones que todavía no han sido debatidas y que no lo serán hasta más adelante, lo que puede suponer dar una ventaja al interlocutor en el punto que haya de debatirse.

2. También, propias de la habilidad y destreza del negociador son las emociones que deben atemperarse en lo posible al objeto de dar mayor confianza y seguridad a nuestros interlocutores haciendo más manejables los debates que se sucedan durante las sesiones de trabajo. En especial deberán evitarse manifestaciones negativas, los ataques que podrían deberse a ira y hostilidad, posiciones inflexibles, u otras que puedan traslucir miedo o falta de confianza.

Esta variable en la negociación internacional no es exclusiva de nuestro tiempo, pues de la obra francesa de 1716 *De la Manière de Négociier avec les Souverains*, se extrae el siguiente extracto:

«El diplomático debe ser rápido, recursivo, buen oyente, cortés y agradable. No debe crearse la reputación de ser un talento, ni tampoco debe discutir en exceso de forma que divulgue información secreta para ganar una discusión. Un buen negociador debe sobre todo dominarse suficientemente para resistir la tentación de hablar antes de haber pensado a fondo lo que se propone ceder. No debe caer en el error de suponer que un poco de misterio dentro del cual se crean secretos de la nada y se elevan las trivialidades al nivel de los asuntos de Estado es algo más que el síntoma de una cabeza chica. Deberá prestarles atención a las mujeres, pero sin entregar su corazón. Deberá ser capaz de aparentar dignidad aun sin poseerla, pero al mismo tiempo tendrá que evitar cualquier exhibición de mal gusto. El ser valiente, una cualidad esencial puesto que el tímido no podrá esperar culminar con éxito una negociación confidencial. El negociador deberá tener la paciencia del relojero y carecer de prejuicios personales. No debe tener inclinación por la bebida, el juego o las mujeres, ni ser irritable, ni dejarse llevar por otras veleidades y fantasías. El negociador deberá además estudiar historia, conocer las instituciones extranjeras y las costumbres y ser capaz de decir, para cualquier país extranjero, en manos de quién realmente reside la soberanía. Deberá tener también algún conocimiento de la literatura, ciencia, matemáticas y derecho. Finalmente deberá ser buen anfitrión. Un buen cocinero es a menudo un excelente conciliador³⁰».

3. También ha de subrayarse el obstáculo consistente en el comportamiento posicional o hábito de atrincherarse en una posición pretendiendo así hacer ceder al negociador sin tener la intención de doblegar su postura. La firmeza en las posturas no debe confundirse con la sensación de inflexibilidad, ya que una negociación adecuada deberá dirigirse justamente a doblegar a la contraparte a través de argumentos y en su caso cesiones para conseguir el resultado pretendido, pero no mediante una postura inflexible que dificulte obtener progresos durante las negociaciones para la redacción de los acuerdos.

³⁰ CALLIÈRES, F. *De la Manière de Négociier avec les Souverains* [en línea]. 1716 [Consultado el 18 de diciembre de 2016] Disponible en web: http://www.mific.gob.ni/documentshare/dscgi/ds.py/Get/File-4903/CINCO_ESTILOS.doc.

Como señala Manzanero³¹, es recomendable centrarse en los intereses y no obsecarse con las posiciones. Buena parte de las negociaciones se han malogrado porque se confunden los intereses con las posiciones, a causa de la falta de flexibilidad que esto supone, ya que aunque las posiciones de las diferentes partes en conflicto puedan ser incompatibles, los intereses frecuentemente no lo son.

En la negociación hay que tener muy presente que se negocia cuando una persona trata de un problema con otra o cuando dos Estados examinan un asunto en común. Dado que una negociación implica una conciliación de puntos de vista e intereses opuestos, los negociadores deberían recordar que, para concluirla favorablemente, es necesario esforzarse por comprender el punto de vista contrario y demostrar que se ha llegado a tal comprensión. Si una parte se ve forzada a aceptar pura y simplemente las peticiones de la otra, no existe negociación, sino capitulación³².

4. Aunque la negociación colaborativa pretende obtener beneficios para ambas partes, lo cierto es que no resulta impensable que en determinados casos a una de las partes no le interese el resultado por no ver o no entender el beneficio que podría generarle el acuerdo. Esto podría ocurrir por ejemplo en casos de negociación de acuerdos para la utilización de instalaciones o recursos en territorio nacional por parte de otros países sin que realmente se genere un beneficio alguno que pudiera redundar en favor de nuestro país, lo que en determinados casos podría llevar a considerar la inoportunidad de afrontar la negociación en un momento dado.

5. Otro obstáculo que puede surgir en un proceso negociador son las diferencias legales y culturales entre los países que participan en la negociación. Cuando se trata de negociar acuerdos internacionales con países que participan de un sistema jurídico próximo al nuestro, como ocurre, por ejemplo, con los países que integran la UE, las diferencias culturales y legales no suelen ser importantes, facilitando en gran medida los trabajos de redacción de los acuerdos. Sin embargo, no ocurre lo mismo cuando los países interlocutores guardan ciertas diferencias culturales y legales. En este punto debe señalarse que España, en ocasiones, ha participado en ejercicios y maniobras militares con países árabes con los que mantenemos una disparidad cultural y legal que puede presentar dificultades a la hora de fijar, por ejemplo, el estatus jurídico del personal español que haya de trasladarse a dichos países durante un tiempo más o menos permanente.

³¹ MANZANERO A. L. «La negociación como solución a situaciones conflictivas». *Anuario de Psicología Jurídica* 2002, n.º 12, pp. 129-140.

³² CAHIER, P. *Derecho Diplomático contemporáneo*. Madrid: Rialp 1965, pp. 188-189.

Delitos tipificados en los códigos penales de dichos países pueden no resultar tipificados en España, y las garantías judiciales pueden ser distintas, lo que puede generar dificultades a la hora de llegar a un acuerdo entre las partes negociadoras. Si bien, estamos ante una cuestión más específica, como es, la cuestión relativa al estatuto jurídico del personal de los países participantes que será abordada en otro lugar.

En cualquier caso, con carácter general, las diferencias socioculturales condicionarán en mayor o menor medida las particularidades de la negociación. Por ejemplo, los anglosajones manejan la relación desde el reconocimiento personal de sus habilidades negociadoras y sobre los intereses particulares del acuerdo en sí. Por otro lado, los negociadores latinos, orientales y árabes centran la negociación en la confianza o en los lazos de amistad que puedan formar con su interlocutor. Ambas posiciones, sin importar sus diferencias, se orientan a potencializar las habilidades negociadoras de las partes y a desarrollar con éxito el objeto de la negociación³³.

Cabe mencionar también a la globalización, que ha sido y es un vehículo de homogeneización al mismo tiempo que pone de manifiesto las diferencias y asimetrías que exhiben los pueblos y naciones que conforman la aldea global³⁴, pues bien, la globalización también supone una ayuda a superar las barreras culturales para subrayar el valor de la interdependencia.

En definitiva, baste señalar que en los ámbitos internacionales las brechas interculturales obligarán a menudo a salvar diferencias, tanto en el fondo como en la forma, debido a que analizamos las situaciones de forma diferente y partimos de limitaciones legales e incluso culturales que afectarán a los trabajos de negociación y a sus resultados.

Asimismo, una buena preparación de la negociación permitirá llevar una mayor ventaja en los trabajos de negociación. La consulta de fuentes legales de derecho internacional público, o los acuerdos que se han firmado previamente con objetos iguales o próximos, especialmente cuando han sido firmados por los mismos países y en general cualquier fuente jurídica que pueda ser tenida en cuenta, nos dará mayor ventaja que nuestros interlocutores al tiempo de llevar a cabo la negociación.

Haciendo una aproximación al ámbito legal, desde la perspectiva propiamente letrada y siguiendo a García Ramírez³⁵, cabe destacar los siguientes

³³ CAÑÓN, M.; DAYANA K. *La interculturalidad de los negocios internacionales*. Bogotá: Universidad & Empresa 2007, vol. 6, pp. 261-291

³⁴ GARCÍA CANCLINI, N. *Diferentes, Desiguales y Desconectados*. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 54.

³⁵ GARCÍA RAMÍREZ, J. *Las cuatro habilidades del abogado eficaz: la buena práctica*. Madrid: Editorial De Rasche y Pereira-Menaut 2013, pp. 117 y ss.

tes aspectos importantes a tener en cuenta en una negociación por parte de un abogado:

A. En primer lugar, lo mejor para negociar es saber más que la otra parte, porque *conocer es poder*. Así en el marco de derecho sustantivo se cuentan como actividades claves a conocer bien por el letrado las siguientes:

1. Preparar las doctrinas más importantes sobre el asunto. Es decir, aprovechar la bibliografía que pueda existir sobre el caso de que se trate.

2. Realizar estudios de antecedentes de algún caso similar que hayamos tenido previamente. Es decir, aprovechar la documentación de los casos que hayamos despachado como parte de nuestra investigación.

3. Analizar jurisprudencia a favor y en contra en las bases de datos de que dispongamos y porque no, habrá que añadir también aquí la búsqueda de la normativa que pueda ser de aplicación, etc.

B. En cuanto a las circunstancias propiamente no jurídicas habrá que:

1. Determinar las circunstancias personales o profesionales de la otra parte que fueran a influir en la negociación. El conocimiento de dichas circunstancias nos permitirá dominar más la negociación en el sentido de que sabremos cuándo podemos presionar más o menos a la otra parte, etc.

2. Y, por último, en el marco del derecho procesal o adjetivo habrá que valorar los medios de prueba de los que dispongamos.

Aunque en principio es obvio que los casos deben ser estudiados de la forma más amplia posible, en realidad la cuestión en este punto es que un mejor conocimiento del caso va a permitir que tengamos al mismo tiempo más seguridad sobre las posibilidades que tengamos ya sea en sentido favorable o desfavorable de forma que si tenemos más posibilidades de ganar el caso, podremos presionar más a la parte contraria, toda vez que sabemos que, en el peor de los casos, si fracasa la negociación, habrá que ir a juicio, sabiendo que en esta arena tenemos más posibilidades de ganar que la otra parte.

A menudo los precedentes suelen ser un buen argumento para hacer valer nuestras pretensiones en las diferentes cuestiones que se puedan plantear. Aunque los sistemas jurídicos y en especial los administrativos pueden acarrear cambios en las perspectivas, lo cierto es que los argumentarios que defendieron los diferentes países en anteriores ocasiones pueden servir para oponerlos ante cambios que no nos puedan interesar que prevalezcan en la correspondiente negociación.

También suelen ser útiles las interpretaciones que se suceden en los diferentes tribunales que se puedan pronunciar al tiempo de aplicar las disposiciones contenidas en la normativa OTAN. Qué se entiende por cónyuge del personal que se traslada al territorio de otro Estado, en qué términos se articula la inmunidad de ejecución de los cuarteles generales de la OTAN, o como se protegen la información confidencial generada en el curso de las actuaciones objeto del acuerdo, pueden ser claves a la hora de redactar de una forma u otra un acuerdo internacional.

Por lo demás, las técnicas de negociación jurídica en el ámbito de los acuerdos no normativos relativos al Ministerio de Defensa quedarán condicionadas básicamente al tipo de acuerdo ante el que nos encontremos, y especialmente a su objeto.

Por ejemplo, no requerirá una gran actividad negociadora en el ámbito jurídico un acuerdo técnico que tenga por objeto desarrollar unos ejercicios o maniobras en España, que se realizan anualmente y en el que suelen participar los mismos países. En este caso la actividad negociadora sería mínima toda vez que dichos borradores no suelen sufrir grandes cambios respecto de los que se firmaron en anteriores ocasiones. La costumbre es normalmente utilizar anteriores acuerdos para redactar los nuevos de forma que las partes negociadoras no se apartarán en cuestiones estructurales y generales en los términos que ya fueron acordados en el pasado.

Sin embargo, sí cabe desplegar una negociación de mayor envergadura cuando nos encontramos ante acuerdos nuevos, complejos en los que se establecen pautas para realizar colaboraciones futuras. Estos acuerdos requieren una mayor atención por parte de los asesores jurídicos que forman parte de las delegaciones participantes.

8.2.2. Límites del negociador

Como se decía inicialmente al tiempo de distinguir entre acuerdos normativos o tratados (también se incluirían acuerdos administrativos), y acuerdos no normativos, al iniciar la negociación de un acuerdo internacional es de vital importancia precisar la naturaleza del objetivo que se procura o de la cuestión que se pretende solucionar, ya que habitualmente el fracaso de las negociaciones se suceden a menudo dada la falta de claridad o el desconocimiento del objeto de la negociación y de la naturaleza del acuerdo internacional en el que se trabaja.

En este punto puede entenderse como un límite en el ejercicio de la negociación e condicionante que conlleva el que estemos ante un acuerdo normativo o no normativo.

Es indispensable, por ejemplo, que las partes tengan claro si se está ante un acuerdo que no se vaya a regir por el derecho internacional, ya que es conveniente que el acuerdo que se vaya a suscribir genere los mismos efectos para las partes, ya sea un acuerdo generador de derechos y obligaciones o un acuerdo de los llamados *pacto entre caballeros*.

En este punto, la nomenclatura del acuerdo dentro de los acuerdos no normativos no es excesivamente importante al comienzo de las negociaciones toda vez que una vez que se ha alcanzado un consenso acerca de la naturaleza jurídica del acuerdo, la nomenclatura de este —MOU (*Memorandum of Understanding* por sus siglas en inglés), acuerdo técnico, etc.— podrá ser decidida más adelante sin especiales consecuencias desde un punto de vista jurídico.

En las negociaciones el experto legal deberá procurar que, en la redacción que figure en los borradores a resultas de las diferentes sesiones de trabajo, los contenidos no contradigan nuestra legislación, entendiendo por tal el ordenamiento jurídico que desde la Constitución regule cualquier cuestión que haya de figurar en el acuerdo internacional que pretenda suscribirse. En este punto debe referirse el artículo 94 de la Constitución señala: «1. La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos: e) Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución». No en vano, en el caso de que el acuerdo a suscribir hubiera de contener alguna cláusula que por contravenir nuestro ordenamiento jurídico «supongan modificación o derogación de alguna ley», el citado acuerdo habría de revestir la forma de tratado internacional.

El experto legal también estará limitado en los trabajos de negociación en los que pueda participar por las instrucciones que haya podido recibir del Ministerio de Defensa, de sus superiores o del jefe de la delegación española³⁶. La práctica normal es la de una ausencia de instrucciones a este respecto lo que hace a veces difíciles las acciones del experto legal en algu-

³⁶ En este punto cabe señalar que el artículo 10 del derogado Decreto 801/1972, de 24 de marzo, sobre la Ordenación de la Actividad de la Administración del Estado en Materia de Tratados Internacionales señalaba: «En el desempeño de sus funciones, los representantes de España se atenderán en la negociación de un tratado al contenido y alcance de la autorización otorgada por el Consejo de Ministros, así como a las instrucciones que les dé el Ministro de Asuntos Exteriores, al que tendrán informado del desarrollo de la negociación».

nas cuestiones abiertas que deben cerrarse en los trabajos de negociación y para las que es necesaria por su contenido más político que técnico jurídico, de instrucciones de quien son competentes para pronunciarse. En tales casos lo normal es establecer contacto directo lo más rápidamente posible con quienes desde territorio nacional pueden dar esas directrices, lo que ocurre es que normalmente será difícil, por no decir imposible, contactar con las personas indicadas en un breve espacio de tiempo, debiendo el experto legal en tales casos pronunciarse en el sentido de tener que demorar la decisión por parte de España en tales cuestiones, una vez que se haya recabado las autorizaciones e instrucciones pertinentes por parte de los responsables que tengan la competencia para decidir dichos temas.

En tales casos suele ser de ayuda las consultas con el jefe de la delegación, que a menudo asumirá la responsabilidad para decidir sobre el terreno la respuesta que se demande a los miembros de la delegación española en los trabajos de negociación. No obstante, no suele ser habitual que se den estas situaciones en la negociación de acuerdos internacionales no normativos en el ámbito del Ministerio de Defensa, habida cuenta de que, en este tipo de negociaciones, el nivel de responsabilidad de los miembros negociadores no es lo suficientemente alto como para decidir cuestiones comprometedoras que corresponda decidir a autoridades perteneciente a altos niveles de responsabilidad, capaces de comprometer a España en cuestiones más o menos delicadas. Es por ello que los acuerdos no normativos, al no generar derechos ni obligaciones para las partes, no suelen generar en los trabajos de negociación, situaciones en las que el experto legal deba solicitar instrucciones a autoridades competentes normalmente no concurrentes a los debates.

8.2.3. Procedimiento negocial

Por otro lado, debe tenerse en cuenta, como se indicó más arriba, que en las primeras sesiones de negociación directa las delegaciones ya suelen disponer de un borrador relativamente avanzado, borrador que se ha venido redactando mediante continuos contactos por parte de los interlocutores en los que se ha contado previamente con informes, dictámenes, valoraciones, y asesoramientos técnicos por parte de los países involucrados en la redacción de los acuerdos internacionales.

En este punto, el primer contacto en el que se lleva a cabo la negociación de los citados borradores puede ser una sesión genérica en la que participan todos los miembros de las delegaciones, contacto que normalmente

permite presentar a los intervinientes dando turno a cada uno de ellos para que se presenten indicando nombre y puesto de trabajo que desempeñan en el momento que se produce dicha negociación, de tal forma que sabemos qué es quién y la formación jurídica de cada representante legal.

Aunque normalmente en la primera sesión de negociación participarán todos los miembros de las delegaciones, no es inusual que posteriormente, y si la naturaleza del acuerdo lo requiere, se realicen futuras sesiones esta vez solo entre los representantes legales de los países, creándose grupos *ad hoc*, que se cierran exclusivamente a aquellos miembros de las delegaciones que por su formación y condición como experto legal, se escinden de los grupos de trabajo generales en los que siguen participando todos los miembros de las delegaciones participantes en los trabajos de negociación.

También es habitual que se formen otros grupos de trabajo distintos como grupos de expertos financieros, e incluso grupos mixtos de expertos tanto legales como financieros.

Normalmente la cuestión del idioma es crítica en la negociación de los textos, ya que el dominio del idioma va a permitir al negociador desplegar su labor con mayor o menor efectividad. La terminología y los giros idiomáticos en el ámbito jurídico hacen que un mayor dominio permita una redacción más depurada del borrador. No en vano, la tutela o dirección de los trabajos de redacción de los acuerdos internacionales multilaterales suelen recaer en expertos legales que dominan con especial dominio del idioma que va a ser utilizado, con independencia de su pertenencia a organizaciones internacionales o a las delegaciones de los países participantes.

8.2.4. Materias que requieren especial atención en la negociación jurídica

Los puntos de mayor atención para el negociador experto legal se puede decir que son los siguientes:

1. Preámbulos:

A menudo los preámbulos o introducciones de los acuerdos no normativos pueden ser demasiado formales asemejándose a los de un tratado internacional o incluir alusiones que puedan presentar dudas en torno a la naturaleza jurídica del acuerdo. Son típicas las alusiones a tratados internacionales como el Tratado de Washington suscrito el 4 de abril de 1949, o al Convenio entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte re-

lativo al Estatuto de sus Fuerzas, hecho en Londres el 19 de junio de 1951 (SOFA), ya que de forma frecuente los acuerdos que se firman se hacen con países pertenecientes a la OTAN, utilizándose un paraguas normativo que facilitan muchas cuestiones jurídicas y prácticas que habrían de desarrollarse y poner en peligro la naturaleza jurídica no normativa del acuerdo si no se incluyen en el texto.

2. Cláusulas tipo:

Se trata de cláusulas que fijan la naturaleza jurídica del acuerdo internacional separando un acuerdo no normativo de otro que sí lo sea. Por ejemplo, las cláusulas que señalan y la interpretación de las cláusulas que integran el tratado y en especial la forma de dirimir las controversias³⁷. Las cláusulas que señalan la forma de comienzo de la aplicación o efectividad de los acuerdos³⁸. Cláusulas que inequívocamente expresan la calidad no jurídica o normativa del acuerdo, como por ejemplo aquellas que señalan que al acuerdo se la aplicarán las legislaciones nacionales sin que puedan contravenir las mismas, o que los acuerdos no se someterán a la jurisdicción de ningún Tribunal Internacional³⁹, etc.

Pérez Giralda⁴⁰ subraya la importancia de este último tipo de cláusulas y señala:

«Si la voluntad de sustraer el acuerdo no normativo al ámbito del derecho internacional no queda clara en su texto, sus disposiciones pueden acarrear la responsabilidad del Estado frente a la otra parte, ya que “el hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por

³⁷ Ejemplo de cláusula de este tipo sería: «Cualquier desavenencia relativa a la interpretación o aplicación de este MOU se resolverá únicamente mediante negociación entre los Participantes afectados», o «Cualquier controversia que surja en la interpretación o aplicación del presente acuerdo será resuelta por consultas entre los participantes sin sumisión, para su arreglo, a terceras autoridades ni a ningún tribunal».

³⁸ Ejemplo de cláusula de este tipo sería: «El presente MOU, incluyendo sus anexos, comienza sus efectos para los participantes en la fecha de la última firma».

³⁹ Ejemplo de cláusula de este tipo sería: «Los desacuerdos relativos al presente MOU que surjan entre los participantes se resolverán mediante consultas entre los participantes involucrados», o «Este MOU no pretende entrar en conflicto con ninguna ley nacional o internacional o acuerdos internacionales aplicables entre los participantes. Si se produjera dicho conflicto, prevalecerían las leyes nacionales o internacionales y los acuerdos internacionales entre los participantes. Los participantes respectivos deberán notificarse entre sí la existencia de cualquier conflicto».

⁴⁰ PÉREZ GIRALDA, A. *España y la práctica del derecho internacional: los acuerdos no normativos*. MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.). Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores 2014, Colección Escuela Diplomática, p. 78.

un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su Derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento a menos que esa violación sea manifiesta...»).

3. La forma en la redacción:

Al igual que las cláusulas tipo, la forma en la redacción de los acuerdos no normativos deberá cuidar especialmente expresiones que conlleven o de las que se deduzca que el acuerdo genera derechos u obligaciones, así por ejemplo se reducirá el carácter imperativo de las expresiones, se evitará la forma estipulada para la elaboración de los tratados por parte de los Convenios de Viena, evitándose la estructura normativa mediante artículos, capítulos, secciones, etc., y en general cualquier expresión o referencia que acerque el acuerdo no normativo a un tratado internacional.

4. Estatus jurídico:

Normalmente aquellos acuerdos que conlleven la presencia de personal de un estado participante en las negociaciones en el territorio de otro estado participante llevará necesariamente a pactar un estatuto jurídico de dicho personal, ya que de otra forma dicho personal quedaría desprovisto de las garantías jurídicas necesarias para el caso que se sucedan problemas de índole jurídica, como accidentes, sometimiento a jurisdicciones, asistencia sanitaria, cuestiones fiscales, régimen jurídico de matrículas especiales y privilegios que pudieran tener por razón de su puesto de trabajo en el país receptor, etc.

En este punto debe señalarse que normalmente se vino utilizando el estatuto jurídico recogido en el SOFA OTAN no solo a los acuerdos que se subscribieron en el ámbito propiamente OTAN, sino también en ámbitos al margen de la OTAN, pero siempre que se concluyeran con países que pertenecieran a la OTAN. Esta práctica se fundamentaba en el artículo 3 del Tratado de Creación de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN). Ese precepto alentaba a las naciones pertenecientes a la OTAN a acrecer sus capacidades militares mediante acuerdos entre ellos de cooperación militar. Sin embargo, la Asesoría Jurídica Internacional se opuso recientemente a esta práctica, toda vez que entendía que no existía un fundamento legal válido para sostener que el estatus jurídico del SOFA OTAN pudiera ser de aplicación fuera del ámbito propiamente OTAN. Sin embargo, esta cuestión ha quedado finalmente resuelta a través de la *Ley*

Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las organizaciones internacionales con sede u oficina en España y las conferencias y reuniones internacionales celebradas en España, cuyo artículo 33 reza:

«Estatuto de las Fuerzas Armadas visitantes, de su personal militar y civil y de sus bienes, señala: 1. A las Fuerzas Armadas visitantes de un Estado miembro de la OTAN o de la Asociación para la Paz, a su personal militar y civil y a sus bienes, cuando se encuentren en territorio español a invitación o con consentimiento de España, se les aplicarán las disposiciones del Convenio entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al estatuto de sus fuerzas, de 19 de junio de 1951. 2. A las Fuerzas Armadas visitantes de cualquier otro Estado extranjero, a su personal militar y civil y a sus bienes, cuando se encuentren en territorio español a invitación o con consentimiento de España, se les aplicarán, de forma total o parcial, las disposiciones del Convenio entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al estatuto de sus fuerzas, de 19 de junio de 1951. Dicha aplicación se hará, atendiendo al principio de reciprocidad y en virtud del acuerdo que sea suscrito a tal efecto por el Ministerio de Defensa de España con el homólogo del Estado extranjero».

5. Información clasificada:

A menudo la aplicación de los acuerdos internacionales genera información clasificada lo que lleva a menudo a los asesores legales a tener que redactar con especial precisión y diligencia aquellas cláusulas que regulen y articulen el tratamiento de dicha información.

En este punto habrá de tenerse en cuenta especialmente la existencia de tratados internacionales de información clasificada firmados por los países participantes en las correspondientes negociaciones⁴¹, o las regulaciones de la información clasificada a nivel de organizaciones internacionales como la OTAN, la UE o la Agencia Espacial Europea. A menudo se suele remitir a la normativa OTAN o europea el tratamiento de información clasificada que pudiera generarse con ocasión de las actividades desarrolladas en el

⁴¹ Ejemplo de cláusula que tenga en cuenta dichas circunstancias sería: «Los participantes son conscientes de que el intercambio y protección de información clasificada se regirán por lo dispuesto en el acuerdo sobre protección recíproca de información clasificada firmado el 21 de mayo de 2007 por el Gobierno de la República Federal de Alemania y el Gobierno del Reino de España».

seno del objeto de los acuerdos internacionales del ámbito del Ministerio de Defensa.

6. Definiciones:

Los borradores de los acuerdos que se negocian contienen a menudo apartados de definiciones en el comienzo de los textos. Estos apartados son muy importantes desde el punto de vista jurídico, ya que su interpretación va a ser clave al tiempo de aplicar las cláusulas que contienen dichos acuerdos.

Muchos de estas definiciones además llegan a ser auténticos conceptos jurídicos o al menos a integrar matices directamente previstos por normas internacionales que tendrán que ser cuidadosamente atendidos por los expertos legales que participen en las negociaciones.

Por otro lado, la negociación de la redacción del acuerdo internacional queda condicionada a su estructura, lo que también habrá de tenerse en cuenta por el negociador jurídico, que a modo de ejemplo en el caso de los no normativos en general y de los MOU en particular, podría ser la siguiente:

Secuencia	Secciones	Requerimiento
1	Índice	Cuando concurren muchas secciones
2	Introducción	Obligatoria
4	Definiciones	Si figuran múltiples abreviaturas, acrónimos o terminología especializada
5	Objeto	Obligatoria
6	Organización y gestión	Opcional
7	Consideraciones contractuales	Opcional
9	Consideraciones financieras	Opcional

Secuencia	Secciones	Requerimiento
10	Impuestos, aduanas, etc.	Opcional
11	Tratamiento de la información clasificada	Opcional
12	Responsabilidad	Opcional
13	Estatus jurídico del personal	Opcional
14	Ventas y donaciones a terceras partes	Opcional
15	Seguros	Opcional
17	Apoyo logístico	Opcional
18	Seguridad	Opcional
19	Acceso a instalaciones	Opcional
20	Adhesión de nuevos participantes	Opcional
21	Solución de controversias	Obligatoria
22	Modificaciones	Obligatoria
23	Duración, renuncia y terminación	Obligatoria
24	Idiomas	Si el MOU se suscribe en más de un idioma
25	Fecha de efectividad del MOU	Obligatoria

8.3. EL CIERRE DE LA NEGOCIACIÓN

Corresponde a la parte final de la etapa de discusión y de los debates que sirven para cerrar un texto definitivo que haya de ser finalmente objeto de la tramitación reglamentaria por parte de cada uno de los Estados negociadores.

No siempre es una decisión fácil de tomar, pues a menudo los textos supuestamente cerrados y definitivos son nuevamente modificados por las partes, encontrándose incluso ya en fase de tramitación reglamentaria en las administraciones públicas de los Estados que lo habrán de suscribir, cuestión esta que conlleva que la tramitación realizada hasta el momento habrá de anularse, puesto que cualquier modificación del texto implicará la existencia de un texto diferente al tramitado, por lo que habrá de iniciarse nuevamente la citada tramitación administrativa. Es por ello que el texto no deberá considerarse cerrado y, por tanto, ser sometido a tramitación hasta no estar completamente seguros de que este no va a sufrir más modificaciones.

Por eso, el anuncio del cierre debe tener dos características: ser firme y ser aceptado por todas las partes. Se dice que una negociación tiene éxito siempre y cuando a través de esta se satisfagan las necesidades de los participantes y se puedan resolver todos los conflictos, los desacuerdos o las discordancias.

Por otro lado, el cierre de la negociación conlleva la apertura de una nueva etapa, cualitativamente distinta a las anteriores. En puridad cabe hablar de dos fases en la elaboración de un acuerdo internacional, tanto en los casos de los acuerdos normativos, tanto tratados como acuerdos administrativos como en los casos de los acuerdos no normativos, como son la fase de negociación y la fase de tramitación reglamentaria. En el caso de los acuerdos a tramitar en el ámbito del Ministerio de Defensa y acudiendo a las normas que rigen la tramitación reglamentaria de este tipo de acuerdos⁴², una vez que el borrador se considera cerrado, firme y definitivo, habrá de ser traducido al español, si los trabajos de redacción se sucedieron en idioma distinto al español, y a continuación remitirlo por conducto reglamentario desde el órgano originador a DIGENPOL para su tramitación reglamentaria, es decir, para su firma por el ministro o por la autoridad a quien se le delega la firma del ministro. Para ello, acompa-

⁴² Véanse las instrucciones generales dictadas en su ámbito por cada jefe de Estado Mayor del Ejército respectivo, así como el documento aclaratorio de las normas-guía sobre tramitación de acuerdos internacionales en el ámbito del Ministerio de Defensa.

ñará al borrador una memoria justificativa y una memoria económica, y se solicitará en caso de solicitarse la delegación de firma del ministro, en qué persona recaerá dicha delegación refiriéndose tanto al nombre como al cargo que ocupa.

Una vez que la documentación es recibida en DIGENPOL y en particular en la Subdirección General de Planes y Relaciones Internacionales, se procede a la tramitación administrativa propiamente dicha, ya que una vez recibido el borrador este se remite a la Asesoría Jurídica General para informe, que habrá de velar por la legalidad del documento así como advertirá si este ha de ser elevado a la Asesoría Jurídica Internacional cuando hubiera sospechas de que el acuerdo pudiera tener carácter de tratado internacional y, por lo tanto, seguir la tramitación reglamentaria de un documento de este tipo con las formalidades que ello conllevaría. Además, cabría incluso recabarse dictamen del Consejo de Estado en determinados casos, como ha venido ocurriendo en acuerdos que han conllevado especiales problemas a la hora de poder deducir su naturaleza jurídica.

Nada impide, por lo demás, recabar cualesquiera otros informes y documentación por parte de la Subdirección General de Planes y Relaciones Internacionales a otras unidades, departamentos u organismos que dentro del Ministerio de Defensa hayan de pronunciarse sobre cualquier cuestión e incluso a ministerios diferentes que pudieran quedar afectados por el acuerdo que se pretenda suscribir.

9. CONCLUSIONES

1. Dentro de las diferentes acepciones del término *negociación*, hemos partido de la *negociación colaborativa*, que alude a la actividad diplomática de los Estados y de los organismos internacionales, para cooperar y colaborar en una actividad u objetivo común, mediante la subscripción de acuerdos internacionales.

2. La negociación de acuerdos internacionales ha evolucionado con el tiempo pasando de una actividad básicamente diplomática a una actividad más especializada dentro de la administración. Ello ha sido acentuado especialmente tras la proliferación de los acuerdos no normativos, o acuerdos no jurídicamente vinculantes, que cada vez con más habitualidad son celebrados desde los diferentes departamentos ministeriales, fruto del fenómeno de la desregulación normativa y la huida del derecho sustantivo y procesal.

3. Dicha circunstancia ha hecho que el papel de ciertos especialistas, como son los expertos legales, haya venido adquiriendo carta de naturaleza en las negociaciones que se suceden durante los debates para la redacción y suscripción de los citados acuerdos internacionales.

4. En el ámbito del Ministerio de Defensa, cuando se requiere el concurso del experto legal, corresponde a los miembros del Cuerpo Jurídico Militar participar directamente en las negociaciones desplegando las habilidades propias del negociador mediante técnicas específicas con identidad propia dentro del mundo de la negociación legal internacional.

BIBLIOGRAFÍA

- CAHIER, P. *Derecho Diplomático contemporáneo*. Madrid: Rialp 1965.
- CAÑÓN M.; DAYANA K. *La interculturalidad de los negocios internacionales*. Bogotá: Universidad & Empresa 2007, vol. 6.
- FERNÁNDEZ MARTOS. S. *Técnicas de negociación*. Vigo: Ideas Propias 2005.
- GALLEGO HERNÁNDEZ, A. C. «La ley española de tratados de 2014». *Anuario Español de Derecho Internacional* 2015, vol. 31.
- GARCÍA CANCLINI, N. *Diferentes, Desiguales y Desconectados*. Barcelona: Gedisa 2004.
- GARCÍA RAMÍREZ. J. *Las cuatro habilidades del abogado eficaz: la buena práctica*. Madrid: Editorial De Rasche y Pereira-Menaut 2013.
- GONZÁLEZ GARCÍA M. J. *Técnicas de negociación*. Málaga: Innovación y cualificación 2006.
- MANZANERO, A. L., «La negociación como solución a situaciones conflictivas». *Anuario de Psicología Jurídica* 2002, n.º 12.
- MARESCA, A. *La missione diplomatica*. Milán: A. Giuffrè 1967.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES J. *La labor de asesoramiento jurídico internacional al gobierno: el papel de la AJI*. Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores 2014, Colección Escuela Diplomática, n.º 20.
- MARTÍNEZ MORCILLO, A. «La función diplomática». *España y la práctica del Derecho Internacional*. Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación 2014, Colección Escuela Diplomática.
- MURGIA ROSETE, J. A. *El derecho internacional público en la agenda política de las relaciones internacionales*. México: Universidad Autónoma de México 2005.
- NICOLSON, H. *La Diplomacia*. México: Fondo Económico de Cultura 1975.

- PÉREZ GIRALDA A. *España y la práctica del derecho internacional: los acuerdos no normativos*. Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores 2014, Colección Escuela Diplomática.
- POYATO ARIZA, J. L. «Los MOU. Fundamento jurídico. Tipos y competencias para suscribirlos. Los arreglos Técnicos». *Lecciones de derecho operativo*. Madrid: Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica 2001.
- REMIRO BROTONS, A. *et al. Derecho internacional*. Madrid: McGraw-Hill 1997.
- REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española* [en línea]. Vigésimotercera edición. 2014. Madrid: Real Academia de la Lengua Española 2014 [Consultado el 19 de diciembre de 2016]. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=QMTFYRQ>.
- MORALES LAMA, M. «La negociación como método diplomático». *Listín Diario*, 8 de Mayo de 2015.
- UNKIN, G. I. *Theory of International Law*. Londres: E-Dition 1974, p. 273.
- YTURRIAGA BARBERÁN, J. A. *Los órganos del Estado para las relaciones exteriores Compendio de Derecho Diplomático y Consular*. Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores 2015, Colección Escuela Diplomática, n.º 21, p.150.

ALGUNAS CUESTIONES SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ZONAS E INSTALACIONES DE INTERÉS PARA LA DEFENSA NACIONAL

Alfonso López Feria

Capitán auditor

Diplomado en Derecho Marítimo Militar

SUMARIO

1. Introducción. 2. Los precedentes legislativos de la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional. 3. Las distintas zonas en la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional. 3.1. Las zonas de interés para la Defensa Nacional. 3.1.1. La competencia para la declaración de dichas zonas. 3.1.2. La responsabilidad y vigilancia de las extintas autoridades jurisdiccionales militares sobre dichas zonas. 3.2. Las zonas de seguridad de las instalaciones militares o de las instalaciones civiles declaradas de interés militar. 3.2.1. Instalaciones militares. 3.2.2. Instalaciones civiles de interés militar. 3.2.3. Consecuencias del incumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para la declaración de las zonas de seguridad de las instalaciones militares. 3.3. Las zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros. 3.3.1. Determinación subjetiva. 3.3.2. Determinación objetiva. 3.3.3. Limitaciones que afecten a la propiedad derivadas de las zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros. 4. Conclusión

1. INTRODUCCIÓN

La defensa nacional constituye un ámbito de competencia estatal al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.4 de la Constitución, rigurosamente exclusivo, configurándose como un sector de la actividad del Estado

cuya relevancia es fundamental en nuestro Estado de derecho en virtud de los altos fines que el artículo 8 de nuestra Norma fundamental asigna a las Fuerzas Armadas, esto es, garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional, fines que se han ido ampliando como consecuencia de la proyección internacional de España en las últimas décadas y de la política de defensa en el conjunto de la acción exterior, así como de la proyección interior en el apoyo a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y la colaboración con las diferentes Administraciones Públicas, en los términos previstos en la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional¹.

Todas las actividades ligadas a la defensa nacional tienen una indudable proyección y repercusión territorial y, en este sentido, la Ley 8/1975 de 12 de marzo, de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional contiene importantes limitaciones a la propiedad y demás derechos sobre los bienes, que van desde la expropiación hasta la regulación de las circunstancias que actúan sobre las condiciones de ejercicio de dicho derecho, configurándose como la legislación sectorial sobre defensa nacional en esta materia y regulando un procedimiento sancionador específico, atribuyéndose a los órganos con competencia sancionadora la potestad para la imposición de sanciones pecuniarias de hasta trescientos mil euros, sin perjuicio de otras medidas que pueden adoptarse.

El objeto de este artículo es el estudio del régimen jurídico de las zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional y sus especialidades, analizando los efectos jurídicos que producen sobre el resto de la propiedad inmueble. Se trata de una de las materias más desconocidas en el ámbito del derecho urbanístico de nuestros días que exige analizar qué son estas zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional, cuáles son los órganos competentes para su declaración como consecuencia de la des-

¹ Tal es el caso, por ejemplo, de la creación de la Unidad Militar de Emergencia (UME), por Acuerdo del Consejo de Ministros, de 7 de octubre de 2005, como fuerza conjunta compuesta por personal de las Fuerzas Armadas, con capacidad para desplegarse ordenadamente sobre el terreno, concentrando medios operativos en poco tiempo, y disponiendo de modo permanente de personal altamente cualificado y con adiestramiento específico para intervenir de forma inmediata en situaciones de grave emergencia.

La Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la defensa nacional, en su [artículo 15.3](#) establece como una de las misiones de las Fuerzas Armadas la de preservar la seguridad y el bienestar de los ciudadanos en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas conforme a lo establecido en la legislación vigente. Mediante la creación de la UME, cuyo protocolo de intervención se encuentra regulado en el Real Decreto 1097/2011, de 22 de julio, las Fuerzas Armadas contribuyen a ofrecer una respuesta adecuada a la magnitud de los riesgos de accidentes, calamidades o desgracias públicas que amenazan a nuestra sociedad.

aparición de las antiguas autoridades jurisdiccionales militares y la nueva estructura de las Fuerzas Armadas, y qué consecuencias tiene el incumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para la declaración de dichas zonas. Por ello, el presente artículo se ha dividido, tras una parte primera de introducción, en dos partes fundamentales, la primera, relativa a los precedentes legislativos de la ley, pues se hace necesario abordarlos con el fin de determinar el alcance de la materia objeto de estudio, y la segunda, referente a las distintas zonas que se regulan, esto es, las zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional, las zonas de seguridad y las de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros, analizando su contenido, los requisitos para su declaración, su delimitación y las limitaciones que lleva consigo su declaración.

2. LOS PRECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA LEY 8/1975, DE 12 DE MARZO, DE ZONAS E INSTALACIONES DE INTERÉS PARA LA DEFENSA NACIONAL

Según la exposición de motivos de la Ley 8/1975, la normativa vigente relativa a las limitaciones que afectan a la propiedad privada por imperativos de la defensa nacional arranca, en el tiempo, del Real Decreto de 17 de marzo de 1891, en el que por vez primera se establecieron y delimitaron las zonas militares de costas y fronteras. A partir de esa fecha, irá promulgándose una amplia gama de disposiciones de rango diverso, cuyos hitos principales están constituidos por los decretos de 14 de diciembre de 1916, y 15 de febrero de 1933, que se refieren a las denominadas zonas polémicas, delimitadas a su vez por el Decreto de 26 de febrero de 1933, primeramente, y por el de 13 de febrero de 1936, después. Conceptos estos a las que vinieron a añadirse los de las zonas en que el acceso a la propiedad inmueble y la constitución de derechos reales a favor de extranjeros se halla sujeta a diversas limitaciones, cuyos antecedentes hay que situar en la Ley de 23 de octubre de 1936.

Ahora bien, como ha señalado Fernández-Piñeyro y Hernández², el texto transcrito no es exacto porque el tratamiento legislativo de las limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad privada por razones de interés militar constituye una cuestión mucho más antigua que ya aparece tratada globalmente, aunque ciertamente de forma muy incidental, en el Código

² FERNÁNDEZ-PIÑEYRO Y HERNÁNDEZ, E. *Régimen Jurídico de los Bienes Inmuebles Militares*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas 1995, p. 202.

Civil de 1889 y porque el mismo reglamento de la ley incluye en la amplia tabla derogatoria de su disposición final tercera varios artículos de las Ordenanzas Militares de 22 de octubre de 1768 y trece reales órdenes más, anteriores a 1891.

El precedente de rango legal más inmediato de la ley 8/1975 lo constituye el artículo 589 del Código Civil cuando dispone que: «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».

El artículo 589 del Código Civil, reproducía el artículo 522 del Proyecto de 1851 y el artículo 594 del Proyecto de Código Civil de 1882. Como señala Manresa y Navarro³, el precepto se limitaba a traer al Código Civil un precepto general prohibitivo que implica una servidumbre impuesta en beneficio del Estado. El Código prohíbe edificar y plantar cerca de plazas fuertes y fortalezas sin sujetarse a las condiciones exigidas por las leyes, ordenanzas y reglamentos particulares de la materia, y lo que se persigue con esta prohibición es condicionar adecuadamente el destino nacional a que están dedicadas las plazas fuertes y las fortalezas en virtud de las exigencias técnicas de la defensa militar. Y, continúa el autor diciendo, que la interpretación directa del artículo 589 únicamente demanda, de un lado, el supuesto de que sean plazas fuertes y fortalezas, y, de otra parte, su desarrollo práctico corresponde a la legislación especial de carácter administrativo militar, en que se regula todo lo concerniente a la manera de hacer efectiva la servidumbre de distancias en beneficio del Estado⁴.

Por su parte, el artículo 30 de la ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, establece que:

³ MANRESA Y NAVARRO, J. M. *Comentarios al Código Civil español*. Madrid: Editorial Reus 1931, tomo IV, p. 722 y ss.

⁴ *Op. Cit.*, p. 724. «La legislación especial es bastante numerosa, son fuentes legales consultables: el artículo 10, del título 2º, tratado 6º, de las Ordenanzas Militares; las Reales Órdenes de 12 de agosto de 1790, 26 de agosto de 1806, 24 de febrero de 1815m 2 de noviembre de 1834, 13 de febrero de 1845, 3 de diciembre de 1847, 3 de noviembre de 1847, 3 de noviembre de 1848, 28 de mayo de 1850 y 18 de septiembre de 1856; Reglamento de 13 de julio de 1863; Reales Órdenes de 22 de marzo de 1875, 22 de diciembre de 1876; Reglamento de 22 de diciembre de 1880; Real Decreto de 10 de marzo de 1881, Real Decreto de 17 de marzo de 1891, Real Orden de 30 de septiembre de 1891, estableciendo la zona militar de costas y fronteras; Reales Órdenes de 29 de abril, de julio y 29 de diciembre de 1893, y de 4 de abril y 12 de mayo de 1894; Ley de 15 de mayo de 1902, reglamentando la expropiación por el ramo de Guerra, de los inmuebles que radiquen en la citada zona; leyes de 10 y 28 de diciembre de 1915, de 11 de mayo de 1916 y el Real Decreto de 26 de febrero de 1913, señalando la nueva demarcación de las zonas polémicas asignadas a las plazas y puntos fortificados, y las de aislamiento para edificios peligrosos y polígonos de tiro».

«En las zonas del territorio nacional consideradas de interés para la defensa, en las que se encuentren constituidas o se constituyan zonas de seguridad de instalaciones, militares o civiles, declaradas de interés militar, así como en aquellas en que las exigencias de la defensa o el interés del Estado lo aconsejen, podrán limitarse los derechos sobre los bienes propiedad de nacionales y extranjeros situados en ellas, de acuerdo con lo que se determine por ley».

Y, en la actualidad, existe una norma de rango legal que regula esas condiciones exigidas por las leyes, ordenanzas y reglamentos particulares en la materia, como es la ley 8/1975 de 12 de marzo de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional.

El artículo 589 del Código Civil se encuentra ubicado en la sección 6.^a del capítulo II, del título VII, libro II, bajo la rúbrica «De las distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones». El precepto, como se puede observar, a pesar de su ubicación impone una serie de restricciones al poder del propietario de edificar o plantar por razón de su vecindad con instalaciones militares. En este caso, la limitación al derecho de propiedad del dueño tiene su justificación en la necesidad de tutelar un interés que el ordenamiento jurídico considera prevalente constituido por la defensa nacional. Ahora bien, junto a este interés de la defensa nacional, tanto la Ley 8/1975 como el propio Real Decreto 678/1978, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, que desarrolla la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, señala otro en el artículo 3 cuando dice que:

«Se denominan zonas de seguridad de las instalaciones militares, o de las instalaciones civiles declaradas de interés militar, las situadas alrededor de las mismas que quedan sometidas a las limitaciones en la Ley, desarrollada por este Reglamento, se establecen, en orden a asegurar la actuación eficaz de los medios de que dispongan, así como el aislamiento conveniente para garantizar su seguridad y, en su caso, la de las propiedades próximas, cuando aquellos entrañen peligrosidad para ellas».

De esta manera la disminución del derecho de goce del propietario no solo viene justificado por razón de la defensa nacional, sino también por la seguridad de las personas, y de las construcciones o plantaciones que pueden verse afectadas por su proximidad.

Y, en este sentido, nuestro Tribunal Supremo, se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre tales intereses que justifican dichas limitaciones. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 5 de mayo de 1989⁵ señala en el Fundamento de Derecho Segundo lo siguiente:

«[...] De lo que se acaba de exponer puede inferirse que la edificación en las zonas de seguridad de las instalaciones militares se encuentra sometida, al margen de las exigencias propias del ordenamiento urbanístico, a un régimen de autorización sectorial que tiene por finalidad la salvaguardia de los intereses de la defensa nacional y en ocasiones también —como aquí ocurre— garantizar la seguridad de las personas y propiedades cuando por su proximidad a las instalaciones militares puedan correr peligro. Así resulta, por otro lado, de lo previsto en las disposiciones finales 3.º de la Ley 8/1975 y 2.ª de su Reglamento, en relación con lo que dice el art. 1.º del Reglamento de Disciplina Urbanística de 23 de junio de 1978, preceptos de los que resulta que el régimen de autorizaciones a que nos estamos refiriendo —como en definitiva cualesquiera otras sectoriales que tengan por objeto preservar un interés general distinto del urbanístico —descansa exclusivamente en la “legislación específica aplicable” —en palabras del Reglamento de Disciplina Urbanística— y por ende, en este caso, en las normas de la Ley de Zonas e instalaciones de Interés para la Defensa Nacional y su Reglamento».

⁵ Y, más recientemente, la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7 octubre 2015, en el Fundamento de Derecho Cuarto determina lo siguiente: «...La Ley 8/1975 sujeta, entre otras actividades, los actos de edificación que pretendan realizarse en las zonas de seguridad, situadas alrededor de las instalaciones militares, a un régimen de autorización con el propósito de salvaguardar los intereses de la defensa nacional y la Seguridad y eficacia de sus organizaciones e instalaciones (art.1.º), tanto si se trata de construcciones en “zona próxima” (art. 9.º) como en “zona lejana” (art.11), correspondiendo al Ministerio de Defensa su delimitación en cada caso de acuerdo con las pautas previstas en la Ley (arts. 8.º y 10). Y cuando, concretamente, se trata de instalaciones del grupo 3.º, como es el caso por tratarse de un depósito de municiones (art. 8.1 del Reglamento) su organización debe completarse con una zona de seguridad —ajustada en sus características, como norma general, a lo dispuesto para la zona próxima de seguridad de las instalaciones del grupo 1.º— que garantice el necesario aislamiento de tales instalaciones en orden a protegerlas contra riesgos exteriores y salvaguardar personas y bienes en las zonas limítrofes a la instalación (arts.24 y 25 del Reglamento). [...] Puede inferirse que la edificación en las zonas de seguridad de las instalaciones militares se encuentra sometida, al margen de las exigencias propias del ordenamiento urbanístico, a un régimen de autorización sectorial que tiene por finalidad la salvaguardia de los intereses de la defensa nacional y en ocasiones también —como aquí ocurre— garantizar la seguridad de las personas y propiedades cuando por su proximidad a las instalaciones militares puedan correr peligro».

Por otra parte, la determinación de qué ha de entenderse por plaza fuerte o fortaleza así como la concreta distancia que ha de ser respetada es deferida por el artículo 589 a las leyes administrativas, de manera que resulta obligado acudir a estas disposiciones especiales para determinar no solo cuáles son esas zonas e instalaciones cuya proximidad con la propiedad privada provoca estas restricciones, sino también para delimitar las consecuencias que de ellas se derivan, normativa que, como ya se ha dicho está constituida básicamente por la Ley 8/1975, de 12 de marzo, y por el Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero.⁶

3. LAS DISTINTAS ZONAS EN LA LEY 8/1975, DE 12 DE MARZO, DE ZONAS E INSTALACIONES DE INTERÉS PARA LA DEFENSA NACIONAL

Los límites al derecho de propiedad y demás derechos sobre los bienes inmuebles contenidos en la Ley 8/1975, de 12 de marzo, y en el Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero, se pueden agrupar distinguiendo, de una parte, aquellas limitaciones que se determinan por razón de la existencia previa de una instalación militar que se intenta apartar o cuando menos distanciar de actividades tanto públicas como privadas que pueden incidir de manera negativa en los intereses de la defensa nacional en los terrenos colindantes o próximos a dichas instalaciones militares; y, de otra parte, aquellas limitaciones que inciden en derechos sobre partes concretas e identificadas del territorio nacional que constituyan o puedan constituir una base permanente o un apoyo eficaz a las acciones ofensivas o defensivas necesarias para la tutela de la defensa nacional, o que dada la trascendencia de la situación estratégica de dichas zonas, en ningún momento han de caer bajo la propiedad de los extranjeros en un grado superior al que se considere conveniente para la protección de los intereses de la defensa nacional.

El artículo 1 de la Ley 8/1975 recoge esta distinción señalando que:

«Para salvaguardar los intereses de la defensa nacional y la seguridad y eficacia de sus organizaciones e instalaciones, quedarán suje-

⁶ Además de la normativa citada ha de tenerse en cuenta la Orden de 21 de octubre de 1983, dictada en cumplimiento de lo previsto en el artículo 43 del Reglamento de la Ley de Zonas e Instalaciones de Interés para la defensa nacional, prescrita para dar efectividad al cumplimiento de las previsiones de la Ley 8/1975, en orden a las limitaciones impuestas a los extranjeros para la adquisición de propiedades o derechos reales inmobiliarios en determinadas zonas del área nacional y del artículo 42 de su Reglamento, aprobado por Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero.

tos a las limitaciones previstas en esta Ley los derechos sobre bienes situados en aquellas zonas del territorio nacional que en la misma se configuran, con arreglo a la siguiente clasificación:

- De interés para la defensa nacional.
- De seguridad de las instalaciones militares o de las instalaciones civiles declaradas de interés militar.
- De acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros.

Estas clases de zonas son compatibles entre sí, de modo que por razón de su naturaleza y situación, determinadas extensiones del territorio nacional podrán quedar incluidas simultáneamente en zonas de distinta clase».

De manera que nos encontramos con la regulación de tres zonas diferentes: las zonas de interés para la defensa nacional, las zonas de seguridad de las instalaciones militares o de las instalaciones civiles declaradas de interés militar y las zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros

3.1. LAS ZONAS DE INTERÉS PARA LA DEFENSA NACIONAL

Su concepto se halla recogido en el artículo 2 de la Ley 8/1975 cuando señala que: «Se denominan zonas de interés para la defensa nacional las extensiones de terreno, mar o espacio aéreo que así se declaren en atención a que constituyan o puedan constituir una base permanente a un apoyo eficaz de las acciones ofensivas o defensivas necesarias para tal fin».

Del artículo 2 de la ley se desprende, de una parte, que las zonas de interés para la defensa nacional son aquellas extensiones de terreno, mar o espacio aéreo que constituyan o puedan constituir una base permanente de apoyo eficaz de las acciones ofensivas o defensivas; y de otra parte, dicha zona ha de ser declarada como zona de interés para la defensa nacional por el órgano competente, con los requisitos y con arreglo al procedimiento legalmente establecido con delimitación de las distintas zonas y en las que se recoja las prohibiciones y limitaciones de las misma.

3.1.1. La competencia para la declaración de dichas zonas

Refiriéndose a la competencia para la declaración de las zonas de interés para la defensa nacional, el artículo 5 señala que:

«La declaración de zonas de interés para la defensa nacional, a que se refiere el artículo segundo, se realizará por Decreto aprobado en Consejo de Ministros, a propuesta de la Junta de Defensa Nacional e iniciativa del departamento ministerial interesado.

»Dicho Decreto determinará la zona afectada y fijará las prohibiciones, limitaciones y condiciones que en ella se establezcan, referentes a la utilización de la propiedad inmueble y del espacio marítimo y aéreo que comprenda, respetando los intereses públicos y privados, siempre que sean compatibles con los de la defensa nacional, ajustándose, en caso contrario, a lo dispuesto en el artículo veintiocho de la presente Ley».

El precepto establece que la declaración de zonas de interés para la defensa nacional ha de realizarse por decreto aprobado en Consejo de Ministros, mención que ha de entenderse hecha a real decreto y que se explica por el hecho de ser una ley publicada con anterioridad a la entrada en vigor de nuestra Constitución. Otro aspecto a resaltar es la propuesta de la Junta de Defensa Nacional e iniciativa del departamento ministerial interesado.

La ya derogada Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulaban los Criterios Básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar, modificada por la Ley Orgánica 1/1984, de 5 de enero, atribuía a la Junta de Defensa Nacional la función primordial de ser el órgano asesor y consultivo del Gobierno en materia de defensa nacional, así como de su majestad el rey y del presidente del Gobierno de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución. Por su parte, la vigente Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, crea el Consejo de Defensa Nacional como órgano asesor, coordinador y consultivo del Presidente del Gobierno en materia de defensa, y dispone que reglamentariamente se determinará su régimen de funcionamiento y la composición y funciones de la Comisión Interministerial de Defensa, órgano de trabajo permanente del consejo, tal como establece el art. 8 del citado texto legal, desarrollado actualmente en el Real Decreto 1310/2007, de 5 de octubre, por el que se regula el Régimen de Funcionamiento del Consejo de Defensa Nacional y la composición y funciones de la Comisión Interministerial de Defensa.

En la actualidad, las propuestas de declaración de zonas de interés para la defensa nacional es una competencia que corresponde por delegación a la Comisión Interministerial de Defensa, en virtud de la Resolución 135/38138/2013, de 2 de octubre, de la Secretaría General de Política de Defensa, por la que se publica el *Acuerdo del Consejo de Defensa Nacio-*

*nal sobre delegación de competencias en la Comisión Interministerial de Defensa para la declaración de zonas de interés para la defensa nacional*⁷.

Por otro lado, exige el artículo 5 que la declaración se haga por decreto y previa solicitud del ministerio interesado, ministerio que no puede ser otro que el Ministerio de Defensa⁸. Respecto a la declaración de la zona por decreto, dicha referencia ha de entenderse hecha a real decreto, por las razones expuestas anteriormente, no tratándose dicho real decreto de una disposición de carácter general, es decir, de un reglamento dictado en ejecución y desarrollo de la Ley 8/1975, sino que estamos en presencia de un acto de aplicación específica de la posibilidad contenida en los artículos 2 y 5 de la Ley 8/1975, puesto que dicho real decreto no reúne los requisitos y características de los reglamentos de ejecución y desarrollo de las leyes, pues este no goza de los caracteres de una disposición de carácter general, en la medida en que, no obstante su generalidad, no pretende establecer la regulación genérica de derechos y deberes consecuencia de una previa regulación legal, de suerte que no significa otra cosa más que una individualización concreta de la previsión general contenida en una norma de rango legal.

En relación con la naturaleza de dicho real decreto de declaración de una zona como de interés para la defensa nacional, estamos en presencia de un acto administrativo, ya que existen diferencias sustanciales respecto a los reglamentos. Se trata, en suma, de una actuación ordenada, producida en el seno de la Ley 8/1975 y por esta prevista como una aplicación de ella, de forma que dicho real decreto se limita a la declaración de la zona cuando se dan las circunstancias previstas en la Ley 8/1975 y en su reglamento de ejecución. No obstante, en mi opinión, dicho acto administrativo de declaración presenta algunas peculiaridades puesto que, a diferencia del acto administrativo *común*, puede dirigirse no a un destinatario concreto, sino a

⁷ En dicha resolución, el Consejo de Defensa Nacional acuerda encomendar a la Comisión Interministerial de Defensa, de conformidad con la previsión contenida en el artículo 8.f) del Real Decreto 1310/2007, la formulación de todas aquellas propuestas legalmente atribuidas a la extinta Junta de Defensa Nacional, en el ámbito de aplicación de la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, y que por aplicación de la disposición adicional cuarta del Real Decreto 1310/2007, de 5 de octubre, corresponde su ejercicio al Consejo de Defensa Nacional, de manera que sean adoptadas en su nombre, con posterior dación de cuenta al mencionado órgano colegiado, coordinador, y consultivo del presidente del Gobierno en materia de defensa.

⁸ El Real Decreto 1558/1977, de 4 de julio, por el que se reestructuran determinados Órganos de la Administración Central del Estado, creó el Ministerio de Defensa como órgano de la Administración General del Estado quedando integrados en este todos los organismos y unidades de los ministerios del Ejército, Marina y Aire, quedando suprimidos dichos departamentos.

un conjunto indeterminado de sujetos, o incluso, a una colectividad. Estaríamos en consecuencia, en presencia, como dicen García de Enterría y Tomás Ramón Fernández⁹ de un acto administrativo general, cuya pluralidad de sujetos destinatarios no se determina aun siendo determinable o incluso ni siquiera su determinación previa o posterior es posible. Y no obstante su generalidad y concurrir en este tipo de actos administrativos auténticas limitaciones o restricciones a la propiedad y demás derechos sobre los bienes, lo cierto es que no tienen la consideración de reglamentos. Por lo expuesto, dichos actos administrativos no se integran en el ordenamiento jurídico, pues este sigue siendo el mismo antes y después de que estos actos se produzcan o se cumplan, de manera que son actos administrativos aplicativos del ordenamiento jurídico y no innovadores de este.

Tampoco estamos en presencia de un acto político, a pesar de tratarse de una actuación concreta emanada de un órgano colegiado de dirección política como es el Consejo de Ministros, puesto que no se trata de una decisión de carácter político dentro de una actividad política. Y, en este sentido, podemos citar la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de enero de 1979, cuando señala en el considerando cuarto que:

«[...] no todo acto del Gobierno puede ser calificado como “acto político”, que es, en definitiva, la tesis propugnada por el representante de la Administración, al pretender incluir dentro del supuesto de hecho del artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción el acto que, como el presente, se dicta para delimitar la superficie de unos campos o polígonos de tiro, porque los actos políticos son aquellos mediante los que los órganos superiores del Estado mediante una actuación unitaria ejercen la función política que les ha sido atribuida o confiada y que es perfectamente diferenciable de la función administrativa en cuyo ejercicio se ha dictado el acto impugnado, y aún siendo evidente el interés que para el Ejército tiene la utilización de los terrenos para la práctica de tiro, no es posible elevar de rango ese interés hasta el punto de entender que su conservación o desaparición afecta o menoscaba la defensa nacional, y como tampoco tiene relación alguna con el mando u organización militar, no puede ser calificado el acto como político, (por no serlo ni por su finalidad ni por su contenido) aunque proceda del Gobierno [...]».

⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Pamplona: Aranzadi 2015, p. 209 y 210.

En definitiva, no estamos en presencia de un reglamento, sino que se trata, sin más, de una especificación concreta de la previsión general contenida en una norma de rango superior. Dicha caracterización ha sido mantenida por nuestro Tribunal Supremo y, en este sentido, podemos traer a colación la Sentencia de 23 enero 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, por la que se desestimó el recurso interpuesto por la representación procesal del Parlamento de Navarra contra el Real Decreto 1943/2000, de 1 de diciembre, por el que se declaraba zona de interés para la defensa nacional el campo de entrenamiento de las Fuerzas Armadas de las Bardenas Reales (Navarra). Así, señala el Alto Tribunal en el fundamento de derecho tercero que:

«[...] no cabe interpretar extensivamente la exigencia de los artículos 22.3 y 23.2 de la Ley reguladora del Consejo de Estado, convirtiendo en exigencia legal la audiencia de la Comisión Permanente del mismo en la elaboración de disposiciones que no pueden ser calificadas como de carácter general, dictadas en desarrollo de una ley, teniendo en cuenta que la ahora combatida ni se dirige a una pluralidad indeterminada de sujetos, ni pretende establecer la regulación genérica de derechos y deberes consecuencia de una previa regulación legal, ni significa otra cosa que una particularización concreta de la previsión general contenida en una norma de rango superior. El R.D. de 1 de diciembre de 2000 constituye un acto de aplicación específica de la posibilidad contenida en los artículos 2.º y 5.º de la Ley de 12 de marzo de 1975 y RD de 10 de febrero de 1978 que la desarrolla, que en absoluto introduce modificación normativa alguna en cuanto al régimen previsto en dichas disposiciones generales. Consecuencia de ello es la inexistencia de la infracción formal denunciada».

Finalmente, una última precisión es el alcance que deba darse a la expresión de dichas zonas *constituyan o puedan constituir una base permanente a un apoyo eficaz de las acciones ofensivas o defensivas necesarias para tal fin*. Estarían aquí incluidas todas aquellas actividades necesarias para que las Fuerzas Armadas estuvieran en condiciones de cumplir con las máximas garantías las misiones que a las mismas les atribuye el artículo 8 de la Constitución y la Ley Orgánica 5/2005, de Defensa Nacional, tales como la preparación o el apoyo a la Fuerza para el empleo de esta, es decir, actividades de dirección, apoyo, instrucción, adiestramiento o entrenamiento para que las Fuerzas Armadas se hallen en condiciones de llevar

a cabo las misiones previstas en el artículo 8 de la Constitución y en la Ley Orgánica 5/2005.

Por otro lado, el real decreto ha de fijar claramente, de una parte, la zona afectada, con su superficie, coordenadas, sus zonas de seguridad, y el espacio aéreo comprendido sobre dichas zonas; y, de otra parte, las limitaciones y condiciones que, conforme a lo establecido en el artículo 5 deban imponerse en dicha zona, tales como someter a la autorización previa del Ministerio de Defensa la transmisión de la propiedad, así como la constitución, transmisión y modificación de cualquier derecho real sobre la misma, con independencia de la nacionalidad o naturaleza de los otorgantes; someter a la autorización previa del Ministerio de Defensa cualquier obra de edificación o construcción, promovida por entidades públicas o privadas, así como la cesión por cualquier título de los aprovechamientos agrícolas, pecuarios o cinegéticos sobre los territorios afectados; o, en su caso, interesar y obtener autorización del Ministerio de Defensa para la determinación de la compatibilidad con los fines de la defensa nacional de cualquier regulación, ordenación o actuación administrativa que pueda incidir en la utilización militar de la zona afectada.

3.1.2. La responsabilidad y vigilancia de las extintas autoridades jurisdiccionales militares sobre dichas zonas

El artículo 6 de la Ley 8/1975 señala textualmente lo siguiente:

«Las zonas declaradas de interés para la defensa nacional quedarán, a los efectos de esta Ley, bajo la responsabilidad y vigilancia de las autoridades militares jurisdiccionales de los Ejércitos de Tierra, Mar o Aire a cuya iniciativa se deba la declaración, las cuales serán las únicas competentes para realizar, en consonancia con las normas que reglamentariamente se establezcan, el despacho y tramitación de solicitudes y otorgamiento de autorizaciones referentes a la observancia y cumplimiento de cualquier clase de prohibiciones, limitaciones o condiciones impuestas en dichas zonas.

»Cuando la autorización solicitada para obras o servicios públicos fuere denegada, el Ministerio o ente público solicitante podrá repetir su solicitud ante el Consejo de Ministros».

Las autoridades militares territoriales se han determinado tradicionalmente por la división del territorio a efectos de defensa nacional en los

términos previstos en el Real Decreto 1207/1989, de 6 de octubre, por el que se desarrolla la Estructura Básica de los Ejércitos. Así, en el Ejército de Tierra, la organización militar del territorio nacional se estructuraba en cuatro regiones militares peninsulares y cuatro zonas militares extrapeninsulares, cuyo mando era ejercido por un teniente general o un general de División del Cuerpo General de las Armas en situación de servicio activo. Los generales jefes de las regiones y zonas militares se encontraban bajo la dependencia directa del jefe del Estado Mayor del Ejército de Tierra, ejerciendo las atribuciones que las leyes les asignaban¹⁰.

En el ámbito de la Armada, la Orden 22/1991, de 12 de marzo, por la que se desarrolla la Estructura del Cuartel General, la Fuerza y el Apoyo a la Fuerza en la Armada, el conjunto de zonas marítimas constituía la organización permanente del espacio marítimo, y las zonas marítimas se dividían en cuatro zonas, a saber, Zona Marítima del Cantábrico, Zona Marítima del Estrecho, Zona Marítima del Mediterráneo y Zona Marítima de Canarias, siendo las autoridades militares jurisdiccionales los almirantes de las zonas¹¹.

Por último, en el Ejército del Aire, la Orden 23/1991, de 12 de marzo, por la que se desarrolla la Estructura del Cuartel General, la Fuerza y el Apoyo a la Fuerza en el Ejército del Aire, estructuraba la Fuerza Aérea en los mandos aéreos siguientes: Mando Aéreo del Centro, Mando Aéreo del Estrecho, Mando Aéreo de Levante y Mando Aéreo de Canarias, siendo las autoridades jurisdiccionales los generales jefes de dichos mandos.

El Real Decreto 912/2002, de 6 de septiembre, por el que se desarrolla la Estructura Básica de los Ejércitos, derogó la normativa anteriormente citada, y por su parte, el Real Decreto 872/2014, de 10 de octubre, por el que se establece la organización básica de las Fuerzas Armadas, ha derogado, a su vez, el Real Decreto 912/2002.

Actualmente, la responsabilidad y vigilancia de estas zonas corresponden, en el ámbito de la Armada, de conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto 872/2014 y la Orden DEF/1642/2015, de 30 de julio, por la que se desarrolla la Organización Básica de la Armada, a la Jefatura de Apoyo Logístico; la organización del Ejército de Tierra se rige por lo dispuesto

¹⁰ Real Decreto 1132/1997, de 11 de julio, por el que se Reestructura la Organización Militar del Territorio Nacional para el Ejército de Tierra y Orden 220/1997, de 12 de noviembre, por la que se desarrolla la Estructura del Cuartel General, la Fuerza, el Apoyo a la Fuerza y la Organización Territorial en el Ejército de Tierra.

¹¹ Artículo 10 de la Orden 22/1991, de 12 de marzo, por la que se desarrolla la Estructura del Cuartel General, la Fuerza y el apoyo a la Fuerza en la Armada, atribuye a los almirantes jefes de zonas marítimas ejercer la autoridad militar sobre todos los servicios e instalaciones de la Armada ubicados en su demarcación, así como la facultad de supervisar aquellos que dependen funcionalmente de otras autoridades de la Armada.

en la Orden DEF/1265/2015, de 29 de junio, por la que se desarrolla la Organización Básica del Ejército de Tierra, ejerciendo las competencias en este ámbito la Inspección General del Ejército de Tierra, y, en el Ejército del Aire, la Orden DEF/1629/2015, de 30 de julio, por la que se desarrolla la Organización Básica del Ejército del Aire, atribuye dichas funciones al Mando de Apoyo Logístico.

3.2. LAS ZONAS DE SEGURIDAD DE LAS INSTALACIONES MILITARES O DE LAS INSTALACIONES CIVILES DECLARADAS DE INTERÉS MILITAR

El capítulo II de la Ley 8/1975 trata de las zonas de seguridad, cuyo concepto aparece recogido en el artículo 3 cuando señala que:

«Se denominan zonas de seguridad de las instalaciones militares, o de las instalaciones civiles declaradas de interés militar, las situadas alrededor de las mismas, que quedan sometidas a las limitaciones que por esta Ley se establecen, en orden a asegurar la actuación eficaz de los medios de que disponga, así como el aislamiento conveniente para garantizar su seguridad y, en su caso, la de las propiedades próximas, cuando aquéllas entrañen peligrosidad para ellas».

Y, por su parte, el artículo 7 establece que:

«Las instalaciones militares y civiles declaradas de interés militar estarán dotadas de las zonas de seguridad a que se refiere el artículo tercero de esta Ley, en las cuales se podrá establecer la distinción entre “Zona próxima” y “Zona lejana”, en atención a los fines que en dicho artículo se fijan, a las limitaciones que en esta Ley se establecen y a las características de las propias instalaciones.

»A tales efectos, a todas las instalaciones militares, y a las civiles cuando se las declare de interés militar, se les atribuirá, por el Ministerio de que dependan, una clase o categoría de conformidad con las normas y clasificaciones que reglamentariamente se fijan.

»La declaración de que una instalación civil afectada a obras o servicios públicos estatales es de interés militar, o de que, en su caso, ha dejado de serlo, deberá realizarse por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio militar correspondiente o del Ministerio civil que tenga competencia sobre la obra o servicio público».

Como se observa, el artículo 7 de la ley distingue en primer lugar dos tipos de instalaciones, de un lado, las instalaciones militares y, de otro lado, las instalaciones civiles declaradas de interés militar, por lo que se hace necesario determinar qué constituyen unas y otras. En segundo lugar, el precepto declara que dichas instalaciones estarán dotadas de las zonas de seguridad en función de la clase o categoría que ostenten, que se les atribuirán por el ministerio de que dependen, el Ministerio de Defensa, en los términos fijados reglamentariamente. Y, en tercer lugar, distingue el precepto entre la zona próxima y la zona lejana en relación a los fines que se fijan en el artículo 3 de la ley, a las limitaciones que en la propia ley se establecen y a las características de las propias instalaciones.

Como señala Fernández-Piñeyro y Hernández¹², lo primero que llama la atención ante esta caracterización legal del concepto es que mientras que en el caso de las zonas de interés estamos ante extensiones más o menos amplias de espacio terrestre marítimo o aéreo, que podrán declararse o no como tales zonas de interés para la defensa nacional mediante real decreto, aquí se hace referencia a zonas, o más exactamente, como dice el autor citado, a franjas de dichos espacios, que rodean las instalaciones militares o civiles de interés militar y que necesariamente han de ser declaradas como zonas de seguridad mediante orden del Ministerio de Defensa.

Otra diferencia importante, dice el autor referenciado, es que mientras las limitaciones a las facultades del dominio de los terceros afectados son deferidas por la ley a los que establezca el real decreto que declara dicha zona como de interés para la defensa nacional, en las zonas de seguridad, tales limitaciones están previamente establecidas y determinadas tanto en la Ley 8/1975, como en su reglamento, aprobado por Real Decreto 689/1978, con mayor o menor extensión según los casos.

Como se ha señalado anteriormente, el artículo 7 de la ley distingue en primer lugar dos tipos de instalaciones, de un lado, las instalaciones militares y, de otro lado, las instalaciones civiles declaradas de interés militar, de manera que se hace imprescindible fijar qué constituyen unas y otras.

3.2.1. Instalaciones militares

Las instalaciones militares, de acuerdo con lo señalado en el artículo 8 del Real Decreto, 689/1978, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 8/1975 se dividen en cinco grupos:

¹² *Op. Cit.*, p. 216.

— Grupo Primero. Estarían incluidas las siguientes instalaciones: bases terrestres, navales y aéreas y estaciones navales; puertos, dársenas y aeródromos militares; acuartelamientos permanentes para unidades de las Fuerzas Armadas; academias y centros de enseñanza e instrucción; polígonos de experiencias de armas y municiones; asentamiento de armas o de sistemas de armas; obras de fortificación, puestos de mando, de observación, detección o señalización; direcciones de tiro; sistemas de defensas portuarias y estaciones de calibración magnética, y, en general, todas las organizaciones e instalaciones castrenses directamente relacionadas con la ejecución de operaciones militares para la defensa terrestre, marítima o aérea de la nación.

— Grupo Segundo. Constituidas por centros y líneas de transmisiones e instalaciones radioeléctricas.

— Grupo Tercero. Integrado por las siguientes instalaciones militares: talleres y depósitos de municiones, explosivos, combustibles, gases y productos tóxicos, así como los polígonos de experimentación de estos últimos, y, en general, cuantos edificios, instalaciones y canalizaciones puedan considerarse peligrosos por las materias que en ellos se manipulen, almacenen o transporten.

— Grupo Cuarto. Dentro de este grupo cuarto se incluyen las edificaciones ocupadas por el Ministerio de Defensa, capitanías y comandancias generales, gobiernos y comandancias militares y cualesquiera otras que sirvan de sede a órganos de mandos militares; establecimientos y almacenes de carácter no peligroso; prisiones militares, y, en general, las instalaciones no incluidas en los grupos precedentes, destinadas al alojamiento, preparación o mantenimiento de las Fuerzas Armadas.

— Grupo Quinto. Integrado por campos de instrucción y maniobras, y los polígonos o campos de tiro o bombardeo.

Constituyen las instalaciones radioeléctricas el conjunto de equipos radioeléctricos (emisores, receptores, reflectores, activos y pasivos y otros equipos), sus antenas, líneas de transmisión y alimentación y sistemas de tierra, construcciones que las contienen, sustentan o protegen, e instalaciones para establecer una transferencia de información o datos.

Una vez determinado qué ha de entenderse por instalaciones militares, y concretada su división en grupos, el reglamento procede a la delimitación de las zonas de seguridad que corresponden a las instalaciones incluidas en cada uno de los grupos.

Así, con respecto al grupo primero, como norma general, las instalaciones militares incluidas en este grupo completarán su organización me-

diante el señalamiento de una zona de seguridad a ellas circunscrita. Dicha zona se dividirá en dos: próxima y lejana.

La zona próxima de seguridad tendrá la finalidad de garantizar en todas las direcciones el aislamiento y defensa inmediata de las instalaciones de que se trate, y asegurar el empleo eficaz de sus medios sobre los sectores de actuación que tuviera encomendados, y por su parte, la zona lejana de seguridad tendrá la finalidad de asegurar la actuación eficaz de los medios instalados. Ambas zonas garantizarán además, en su caso, la seguridad de las propiedades próximas¹³.

Respecto a las limitaciones, dice el artículo 12 de la ley que en las zonas próximas de seguridad no podrán realizarse, sin autorización del Ministerio de Defensa, obras, trabajos, instalaciones o actividades de clase alguna, si bien será facultad de las autoridades regionales autorizar los aprovechamientos agrícolas o forestales, así como las excavaciones o movimientos de tierra y construcción de cercas o setos, casetas o barracones de carácter temporal e instalaciones de líneas telegráficas, telefónicas y de transporte de energía eléctrica, siempre que inequívocamente no obstaculicen las finalidades militares de la propia zona.

Por su parte, las obras de mera conservación de las edificaciones o instalaciones ya existentes o previamente autorizadas, no requerirán autorización. Y, cuando la zona próxima de seguridad afecte a una zona portua-

¹³ Artículo 9 del Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, que desarrolla la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional.

Señala el artículo 10 del Real Decreto 689/1978 que: «La zona próxima de seguridad abarcará los espacios terrestres y marítimos correspondientes y tendrá como norma general una anchura de 300 m, contada desde el límite exterior o líneas principales que definen el perímetro más avanzado de la instalación. En las baterías de costa esta anchura será de 400 m. En los puertos militares, la zona próxima de seguridad comprenderá, no solo su interior y canal de acceso, sino también un sector marítimo que con un radio mínimo de una milla, abarque el frente y ambos costados, computándose esta distancia a partir de los puntos más avanzados de su obra de infraestructura, boca o balizamiento».

El artículo 11 del Real Decreto 689/1978 determina que: «Cuando por la índole de la instalación, las anchuras establecidas en el artículo anterior se consideren insuficientes a los fines de seguridad que persiguen o, por el contrario, resulten excesivas, especialmente en los casos en que las instalaciones estén ubicadas en el interior de poblaciones o zonas urbanizadas, podrán ampliarse o reducirse hasta el límite estrictamente indispensable, según convenga para cada caso concreto. La delimitación de la zona de seguridad deberá hacerse para cada instalación por el Ministerio de Defensa, siempre previo informe del Estado Mayor del Ejército respectivo y a propuesta razonada de la Autoridad regional de quien la instalación dependa, a la cual servirá de base el estudio completo que habrá de efectuar, para el caso, la Junta u Organismo técnico que tenga competencia en el asunto de que se trate. Cuando en la zona existan bienes inmuebles dependientes de otros Ministerios, el de Defensa lo comunicará a los mismos, para que puedan ser oídos en el plazo de un mes».

ria no militar, no será necesaria la autorización del Ministerio de Defensa para la realización de las actividades exigidas por su normal explotación. En casos excepcionales, la Autoridad regional competente podrá dejar en suspenso esta norma por el tiempo indispensable.

En relación con la zona lejana de seguridad, tiene por finalidad asegurar el empleo óptimo de las armas o elementos que constituyen la instalación, teniendo en cuenta las características del terreno y las de los medios en ella integrados. Su amplitud será la mínima indispensable para tal finalidad. Su determinación se hará, para cada caso, por el Ministerio de Defensa, de la misma forma que se especifica en el artículo 11.2¹⁴, por tanto, su delimitación deberá hacerse para cada instalación por el Ministerio de Defensa, siempre previo informe del Estado Mayor del Ejército respectivo y a propuesta razonada de la autoridad regional de quien la instalación dependa.

Además, en la zona lejana de seguridad solo será necesaria la previa autorización del ministro de Defensa para realizar plantaciones arbóreas o arbustivas y levantar edificaciones o instalaciones análogas de superficie. La autorización solo podrá denegarse cuando dichas instalaciones, edificaciones o plantaciones impliquen perjuicio para el empleo óptimo de los medios integrados en la instalación militar de que se trate o queden expuestas a sufrir, por dicho empleo, daños susceptibles de indemnización. Cuando la autorización solicitada por obras o servicios públicos fuere denegada, el Ministerio o ente público solicitante podrá repetir su solicitud ante el Consejo de Ministros. El Ministro podrá delegar en sus autoridades regionales el otorgamiento de las autorizaciones señaladas¹⁵.

Varias precisiones hemos de hacer en relación con las zonas de seguridad de las instalaciones militares del primer grupo. Así, en primer lugar, respecto a la competencia para la delimitación, el artículo 11.2 señala que deberá hacerse para cada instalación por el ministro de Defensa, previo informe del Estado Mayor del Ejército respectivo y a propuesta razonada de quien la instalación dependa. La delimitación de la zona de seguridad, en consecuencia, ha de hacerse mediante orden del ministro de Defensa, previo informe del Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada o del Ejército del Aire, de quien dependa dicha instalación y a propuesta razonada, bien de la Inspección General del Ejército de Tierra, la Jefatura de

¹⁴ Artículo 13 del Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, que desarrolla la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa nacional.

¹⁵ Artículo 11 del Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Zonas e Instalaciones de Interés para la defensa nacional, que desarrolla la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional.

Apoyo Logístico en el caso de la Armada o del Mando de Apoyo Logístico en el ámbito del Ejército del Aire.

En segundo lugar, el artículo 9 del Real Decreto 689/1978, distingue dentro de la zona de seguridad, a su vez, dos zonas, una próxima y otra lejana. Ambas zonas tienen unas finalidades, la de la zona próxima es garantizar en todas las direcciones el aislamiento y defensa inmediata de las instalaciones de que se trate, y asegurar el empleo eficaz de sus medios sobre los sectores de actuación que tuviera encomendados; mientras que la de la zona lejana es asegurar la actuación eficaz de los medios instalados. Ambas zonas garantizarán, además, en su caso, la seguridad de las propiedades próximas.

Respecto a las dimensiones de la zona próxima de seguridad el artículo 10 establece como norma general una anchura de 300 m, en las baterías de costa 400 m y en los puertos militares la zona próxima de seguridad comprenderá, no solo su interior y canal de acceso, sino también un sector marítimo que con un radio mínimo de una milla abarque el frente y ambos costados, computándose esta distancia a partir de los puntos más avanzados de su obra de infraestructura, boca o balizamiento. Ahora bien, dicha anchura puede ampliarse o reducirse hasta el límite estrictamente indispensable si se consideran insuficientes a los fines de seguridad que persiguen o, por el contrario, resulten excesivas, tal y como refiere el artículo 11.1 del reglamento.

En relación con la zona lejana de seguridad, el reglamento no fija anchura alguna relativa a esta, limitándose a decir en el artículo 13 que tiene por finalidad asegurar el empleo óptimo de las armas o elementos que constituyen la instalación, teniendo en cuenta las características del terreno y las de los medios en ella integrados. Su amplitud será la mínima indispensable para tal finalidad.

Hay que señalar que la delimitación de las zonas de seguridad, tanto la próxima como la lejana, han de reunir, de una parte, una serie de requisitos, puesto que su delimitación ha de llevarse a cabo por orden del ministro de Defensa, previo informe del Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada o del Ejército del Aire, de quien dependa dicha instalación y a propuesta razonada, bien de la Inspección General del Ejército de Tierra, la Jefatura de Apoyo Logístico en el caso de la Armada o del Mando de Apoyo Logístico en el ámbito del Ejército del Aire; y, por otro lado, ha de determinarse cuál es su finalidad, los intereses protegibles, y en caso de establecimiento de una anchura superior a la establecida se ha de justificar dicha decisión.

En consecuencia, en la delimitación de las zonas de seguridad han de tenerse en cuenta tres aspectos: en primer lugar, en cuanto a la competencia para su delimitación corresponde al ministro de Defensa mediante orden y en caso de incumplimiento de este requisito estaríamos en presencia de

un supuesto de nulidad absoluta o de pleno derecho comprendido en el artículo 47.1 b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En segundo lugar, ha de seguirse el procedimiento legalmente establecido, de manera que se requiere, informe del jefe del Estado Mayor del Ejército respectivo y propuesta razonada de los órganos competente determinándose la finalidad, los intereses protegibles y, en definitiva, la justificación de dicho acto administrativo. Se trata en definitiva de trámites esenciales cuya omisión da lugar a la nulidad absoluta o de pleno derecho de la orden de delimitación de dichas zonas de seguridad, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en relación con el artículo 35, al tratarse de actos desfavorables a los interesados que limitan derechos subjetivos e intereses legítimos de estos, por lo que resulta razonable la necesaria motivación de estos al restringir la esfera patrimonial del particular afectado, pudiendo causar indefensión y dar lugar, por ello, a la nulidad absoluta del acto administrativo dictado.

Respecto a la omisión de dichos trámites esenciales, se puede citar la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 11 marzo 2015, que anula la Orden del Ministerio de Defensa DEF/609/2013, por la que señala zona de seguridad de una instalación militar al haberse omitido en el procedimiento de elaboración de la orden el informe que debía servir de base para determinar la zona de seguridad, y sin el cual falta la justificación suficiente de tal delimitación, y además, se ha producido una ampliación de la zona de seguridad en 400 m sin justificación alguna. Así, la sentencia señala en el fundamento de derecho quinto lo siguiente:

«[...] El artículo 11.2 del RD 689/1978 por el que se aprueba el Reglamento de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional establece:

“La delimitación de la zona de seguridad deberá hacerse para cada instalación por el Ministerio de Defensa, siempre previo informe del Estado Mayor del Ejército respectivo y a propuesta razonada de la Autoridad regional de quien la instalación dependa, a la cual servirá de base el estudio completo que habrá de efectuar, para el caso, la Junta u Organismo técnico que tenga competencia en el asunto de que se trate [...]”.

»En nuestro caso dicho informe no se ha realizado, siendo así que, el Asesor jurídico General, en su informe de 13 de diciembre de 2012, que obra en el expediente sin foliar, indica que deberá constar el informe previo del General Jefe de la Inspección de Canarias del Ejército, conforme exige el art. 11.2 del RD 689/1978.

»Asimismo, en el oficio del Director General de Infraestructuras, de 8 de marzo de 2013, se emite informe favorable, “sin perjuicio de informe que haya de emitir la inspección General del Ejército en el ámbito de las competencias que tiene atribuidas”.

En definitiva, se ha omitido en el procedimiento un informe que debía servir de base para determinar la zona de seguridad del Acuartelamiento “Teniente Coronel Valenzuela”, y sin el cual falta la justificación suficiente de tal delimitación.

»Además de la omisión anteriormente expuesta, se ha producido una ampliación de la Zona de Seguridad en 400 metros, que tampoco cuenta con el informe de la Inspección General del Ejército, por lo que tal ampliación o modificación debe reputarse arbitraria y no justificada, al no estar fundamentada en informe técnico alguno, conforme exige el art. 11.2 del RD 689/1978.

»Razones todas ellas que conducen a la estimación del recurso, sin que sea preciso examinar el resto de las cuestiones planteadas en la demanda».

En tercer lugar, en cuanto a los límites que afectan a la propiedad de los espacios declarados zona de seguridad de instalaciones correspondientes al grupo primero, y siguiendo a Fernández-Piñeyro y Hernández¹⁶, en la zona próxima de seguridad podemos distinguir las siguientes limitaciones:

— Limitación de carácter general: contenida en el artículo 12.1 del reglamento: «En las zonas próximas de seguridad no podrán realizarse, sin autorización del Ministerio de Defensa, obras, trabajos, instalaciones o actividades de clase alguna». Se trata de un supuesto de prohibición de amplio alcance que abarca obras, trabajos, instalaciones o actividades de cualquier clase, aunque de carácter relativo, pues las mismas podrían realizarse mediante autorización del Ministerio de Defensa.

La competencia, en estos casos, corresponde al director general de Infraestructura del Ministerio de Defensa, en virtud de lo señalado en la Orden de 11 de febrero de 1987¹⁷ por la que se delegan atribuciones del Ministerio de Defensa en el director general de Infraestructura en relación con la Ley 8/1975, y el artículo 6.2 del Real Decreto 454/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la Estructura Orgánica Básica del Ministerio de Defensa, que atribuye a la Dirección General de Infraestructura ejercer las competencias en relación con las servidumbres aeronáuticas y con las

¹⁶ *Op. cit.*, p. 252 y ss.

¹⁷ BOE núm. 44, de 20 de febrero de 1987.

zonas de interés para la defensa nacional, de seguridad de las instalaciones y de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros.

— Supuestos de autorización desconcentrada: recogida en el artículo 12.2 del reglamento cuando señala que:

«[...] será facultad de las Autoridades regionales autorizar los aprovechamientos agrícolas o forestales, así como las excavaciones o movimientos de tierra y construcción de cercas o setos, casetas o barracones de carácter temporal e instalaciones de líneas telegráficas, telefónicas y de transporte de energía eléctrica, siempre que inequívocamente no obstaculicen las finalidades militares de la propia zona».

Poniendo en relación ambos apartados, lo que se infiere es que la *autoridad regional* puede autorizar determinado tipo de actuaciones en las referidas zonas próximas de seguridad, delimitadas en el número dos, esto es, aprovechamientos agrícolas o forestales, así como las excavaciones o movimientos de tierra y construcción de cercas o setos, casetas o barracones de carácter temporal e instalaciones de líneas telegráficas, telefónicas y de transporte de energía eléctrica y siempre a condición de que las mismas no obstaculicen las finalidades militares de la propia zona. Ahora bien, ello no comporta reducción del ámbito competencial del Ministerio de Defensa con carácter general señaladas en el apartado 1.º, de manera que, en caso de incumplimiento de dichas limitaciones, el Ministerio de Defensa, a través del órgano competente, podrá ejercer su potestad sancionadora.

— Supuestos excluidos: comprendidos en el artículo 12.3 y 4 del reglamento, las obras de mera conservación de las edificaciones o instalaciones ya existentes o previamente autorizadas, no requerirán autorización. Cuando la zona próxima de seguridad afecte a una zona portuaria no militar, no será necesaria la autorización establecida por el párrafo 1 para la realización de las actividades exigidas por su normal explotación.

En cuanto a las limitaciones en la zona lejana de seguridad, el artículo 14 de la ley señala que: En la zona lejana de seguridad solo será necesaria la previa autorización del Ministro de Defensa¹⁸, para realizar plantaciones

¹⁸ La competencia, en estos casos, corresponde al director general de Infraestructura del Ministerio de Defensa, en virtud de lo señalado en la Orden de 11 de febrero de 1987 por la que se delegan atribuciones del Ministerio de Defensa en el Director General de Infraestructura, en relación con la Ley 8/1975, y del artículo 6.2 del Real Decreto 454/2012, de 5

arbóreas o arbustivas y levantar edificaciones o instalaciones análogas de superficie. La autorización solo podrá denegarse cuando dichas instalaciones, edificaciones o plantaciones impliquen perjuicio para el empleo óptimo de los medios integrados en la instalación militar de que se trate o queden expuestas a sufrir, por dicho empleo, daños susceptibles de indemnización. En este caso, el Ministro puede delegar en sus *autoridades regionales* el otorgamiento de las autorizaciones.

Cuando la autorización solicitada por obras o servicios públicos fuere denegada, el ministerio o ente público solicitante podrá repetir su solicitud ante el Consejo de Ministros.

En cuanto a las instalaciones del grupo segundo, según el artículo 8, apartado segundo del Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Zonas e Instalaciones de Interés para la defensa nacional, que desarrolla la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, se incluyen en este grupo los centros y líneas de transmisiones e instalaciones radioeléctricas, regulando los artículos 15 a 23 ambos subgrupos, pues como dice Fernández-Piñeyro y Hernández¹⁹, de lo previsto en los artículos 15, 17 y 18.1 del reglamento se desprende con toda nitidez que en este grupo se comprenden dos subgrupos netamente diferenciados tanto en su contenido como en su regulación normativa.

De acuerdo con lo expuesto, podemos distinguir entre los centros y líneas de transmisiones y las instalaciones radioeléctricas. Los centros y líneas de transmisiones solo tienen una zona próxima de seguridad²⁰, siendo aplicable a dicha zona lo establecido en el artículos 10.1, 11 y 12 respecto a las instalaciones del grupo primero²¹, de manera que, en primer lugar, la zona próxima de seguridad abarcará los espacios terrestres y marítimos correspondientes y tendrá

de marzo, por el que se desarrolla la Estructura Orgánica Básica del Ministerio de Defensa, que atribuye a la Dirección General de Infraestructura 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.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 219.

²⁰ Artículo 15 del Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, que desarrolla la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional: «1. Las instalaciones militares comprendidas en el grupo segundo del artículo 8 completarán su organización con una zona próxima de seguridad. 2. Las instalaciones radioeléctricas contarán además con una zona de seguridad lejana que, por razón de sus características técnicas, se denominará de seguridad radioeléctrica».

²¹ Artículo 17 del Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, que desarrolla la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional: «La zona próxima de seguridad de las instalaciones militares del grupo segundo se ajustará en sus características y determinación a lo dispuesto en los artículos 10.1 y 11».

como norma general una anchura de 300 m, contada desde el límite exterior o líneas principales que definen el perímetro más avanzado de la instalación; en segundo lugar, cuando por la índole de la instalación, las anchuras establecidas en el artículo anterior se consideren insuficientes a los fines de seguridad que persiguen o, por el contrario, resulten excesivas, especialmente en los casos en que las instalaciones estén ubicadas en el interior de poblaciones o zonas urbanizadas, podrán ampliarse o reducirse hasta el límite estrictamente indispensable, según convenga para cada caso concreto, y, en tercer lugar, son aplicables las mismas limitaciones que ya hemos estudiado para este tipo de zonas en el grupo primero, es decir, no podrán realizarse, sin autorización del Ministerio de Defensa, obras, trabajos, instalaciones o actividades de clase alguna; no obstante, será facultad de las autoridades regionales autorizar los aprovechamientos agrícolas o forestales, así como las excavaciones o movimientos de tierra y construcción de cercas o setos, casetas o barracones de carácter temporal e instalaciones de líneas telegráficas, telefónicas y de transporte de energía eléctrica, siempre que inequívocamente no obstaculicen las finalidades militares de la propia zona, y las obras de mera conservación de las edificaciones o instalaciones ya existentes o previamente autorizadas no requerirán autorización. Cuando la zona próxima de seguridad afecte a una zona portuaria no militar, no será necesaria la autorización establecida por el párrafo 1 para la realización de las actividades exigidas por su normal explotación.

En relación con las instalaciones radioeléctricas, según dispone el artículo 15 del reglamento, estas instalaciones completarán su organización con una zona próxima de seguridad y además contarán con una zona de seguridad lejana que, por razón de sus características técnicas, se denominará zona de seguridad radioeléctrica. Respecto a la zona próxima de seguridad, son aplicables las mismas consideraciones hechas anteriormente en relación a los centros y líneas de transmisiones.

En cuanto a la zona lejana de seguridad, el artículo 19.1 establece que la zona de seguridad radioeléctrica tendrá, como norma general, la anchura que para cada caso se establece en el anexo I a este reglamento, que se medirá sobre el plano de referencia, a partir de la proyección ortogonal sobre el mismo del perímetro de la zona de instalación, debiendo acudirse para definir los límites de la zona de seguridad radioeléctrica a los conceptos recogidos en el artículo 16 del reglamento que fija los siguientes términos: zona de instalación como el espacio en que se ubican los elementos de

Artículo 18.1 del Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, que desarrolla la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional: «Será de aplicación a la zona próxima de seguridad lo establecido en el artículo 12».

una instalación radioeléctrica cuyo perímetro y volumen serán delimitados, en cada caso, por el Ministerio de Defensa; el punto de referencia de la instalación es el punto que el Ministerio de Defensa definirá por sus coordenadas geográficas y altitud, en función de la situación y características de los elementos componentes de la instalación; plano de referencia de la instalación es el plano horizontal que contiene el punto de referencia de esta, y, superficie de limitación de altura como la superficie engendrada por un segmento que, partiendo de la proyección ortogonal del perímetro de la zona de instalación sobre el plano de referencia, mantiene con este la pendiente que se establece en el anexo I a este reglamento. Dicho segmento será el contenido en el plano vertical normal a la línea definida por la citada proyección en cada uno de sus puntos.

Por su parte, en el anexo I se encuentran las directrices cuya determinación para cada caso concreto se hace depender de las frecuencias bajas, altas, muy altas o ultraelevadas, estableciéndose anchuras comprendidas entre los 2000 y 4000 m y pudiendo fijarse superficies con limitación de alturas.

El artículo 18.2 establece una limitación con respecto a la zona próxima de seguridad, pues según dispone el precepto referenciado, tratándose de instalaciones radioeléctricas, las autorizaciones a que se refiere el artículo 12, es decir, las aplicables a la zona próxima de seguridad del grupo primero solo se podrán conceder cuando, además, sean compatibles con las limitaciones establecidas en el artículo 20, de forma que en las zonas de seguridad radioeléctrica quedará prohibida la erección de obstáculos que puedan interceptar los haces de emisión o recepción de las comunicaciones, así como la instalación de aparatos capaces de detectar o interferir dichas comunicaciones.

Y el artículo 19 señala que para cada instalación radioeléctrica, incluidas las de enlace hertziano, la naturaleza y extensión de la zona de seguridad radioeléctrica será establecida, confirmada o modificada por el Ministerio de Defensa, siguiéndose para su determinación, en su caso, el trámite establecido en el artículo 11.2, de manera que la delimitación de la zona de seguridad deberá hacerse para cada instalación por el Ministerio de Defensa, siempre previo informe del Estado Mayor del Ejército respectivo y a propuesta razonada de la autoridad regional de quien la instalación dependa, a la cual servirá de base el estudio completo que habrá de efectuar, para el caso, la Junta u Organismo técnico que tenga competencia en el asunto de que se trate. Cuando en la zona existan bienes inmuebles dependientes de otros ministerios, el de Defensa lo comunicará a estos, para que puedan ser oídos en el plazo de un mes.

En cuanto a las limitaciones que afectan a la propiedad, las zonas de seguridad radioeléctrica imponen una serie de restricciones que, siguiendo

a Fernández-Piñeyro y Hernández²² se pueden sistematizar de la siguiente manera:

Supuestos en que rige una prohibición incondicionada o absoluta: en las zonas de seguridad radioeléctrica quedará prohibida la erección de obstáculos que puedan interceptar los haces de emisión o recepción de las comunicaciones²³; quedará prohibida, la instalación de aparatos capaces de detectar o interferir dichas comunicaciones²⁴, y no se autorizará la realización de edificaciones o instalaciones análogas de superficie ni plantaciones que sobrepasen la superficie de limitación de altura correspondiente a la instalación²⁵.

Supuestos sometidos a prohibición relativa con reserva de excepción a otorgar mediante autorización. Estarían aquí comprendidos los siguientes: en primer término, podrán ser objeto de autorización la realización de edificaciones o instalaciones análogas de superficie ni plantaciones que no sobrepasen la superficie de limitación de altura correspondiente a la instalación radioeléctrica correspondiente²⁶. Respecto a esta prohibición relativa, el artículo 14 del reglamento señala que solo será necesaria la previa autorización del ministro de Defensa, para realizar plantaciones arbóreas o arbustivas y levantar edificaciones o instalaciones análogas de superficie. La autorización solo podrá denegarse cuando dichas instalaciones, edificaciones o plantaciones impliquen perjuicio para el empleo óptimo de los medios integrados en la instalación militar de que se trate o queden expuestas a sufrir, por dicho empleo, daños susceptibles de indemnización, existiendo la posibilidad de que el ministro pueda delegar en sus autoridades regionales el otorgamiento de las autorizaciones; y, en segundo término, no podrán establecerse líneas de transporte de energía eléctrica con trazado paralelo al de las telefónicas o telegráficas militares, aéreas o subterráneas, a distancia inferior a 25 m, sin autorización del Ministerio de Defensa²⁷.

Supuestos sometidos a prohibición relativa con reserva de excepción a otorgar por autorización condicionada mediante cláusula legal: dentro de la zona de seguridad radioeléctrica, será necesaria la autorización del Mi-

²² *Op. cit.*, p. 255 y ss.

²³ Artículo 20, inciso primero, del Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional.

²⁴ Artículo 20, inciso segundo del Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional.

²⁵ Artículo 21.1 letra a), inciso primero del Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional.

²⁶ Artículo 21.1, letra a), inciso segundo del Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional.

²⁷ Artículo 22.1 del Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional.

nisterio de Defensa para la instalación fija o móvil de todo tipo de emisor radioeléctrico, aun cuando cumpla con las recomendaciones de la Unión Internacional de las Telecomunicaciones²⁸; y, dentro de la zona de seguridad radioeléctrica, será necesaria la autorización del Ministerio de Defensa para la instalación fija o móvil cualquier dispositivo que pueda dar origen a radiaciones electromagnéticas perturbadoras del normal funcionamiento de la instalación radio-eléctrica militar²⁹. El artículo 21.2 del reglamento señala para estas autorizaciones que serán condicionadas, de manera que si una vez instalado el emisor o dispositivo autorizado se localizaran en él fuentes perturbadoras del normal funcionamiento de la instalación radioeléctrica, el ministerio lo notificará al propietario, quien vendrá obligado, a sus expensas y en el plazo que se señale, a reducir los efectos perturbadores a límites mínimos admisibles o a eliminarlos, si fuera necesario, incluso desmontando su instalación.

Las instalaciones del grupo tercero, según el artículo 8 apartado 1 tercero están constituidas por los talleres y depósitos de municiones, explosivos, combustibles, gases y productos tóxicos, así como los polígonos de experimentación de estos últimos, y, en general, cuantos edificios, instalaciones y canalizaciones puedan considerarse peligrosos por las materias que en ellos se manipulen, almacenen o transporten.

Las instalaciones militares del grupo tercero completarán su organización con una zona de seguridad a ellas circunscrita, que garantizará el necesario aislamiento de aquellas en orden a protegerlas contra riesgos exteriores y a salvaguardar personas y bienes en las zonas limítrofes a la instalación³⁰.

Relativo a su delimitación, el artículo 25 del reglamento señala que la zona de seguridad se ajustará en sus características, como norma general, a lo dispuesto en el artículo 10.1, por lo que es aplicable el régimen previsto con carácter general para las instalaciones del grupo primero, de manera que la zona próxima de seguridad abarcará los espacios terrestres y marítimos correspondientes y tendrá como norma general una anchura de 300 m, contada desde el límite exterior o líneas principales que definen el perímetro más avanzado de la instalación.

²⁸ Artículo 21.1 letra b), inciso primero del Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional.

²⁹ artículo 21.1 letra b), inciso segundo del Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional.

³⁰ Artículo 24.1 del Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional.

Al lado de este supuesto general, el reglamento distingue tres supuestos. En primer lugar, la zona de seguridad de los talleres y depósitos de municiones de gran calibre o de gran cantidad de municiones de alto explosivo y los de gases o productos químicos de carácter tóxico, así como la de los polígonos de experimentación de estos últimos que será proporcionada a la capacidad y peligrosidad de la instalación. Su amplitud se graduará siempre previo estudio e informe de los órganos técnicos competentes.

En segundo lugar, la zona de seguridad de las instalaciones destinadas a almacenamiento o bombeo de combustible que podrá aumentarse en aquellos lugares en que, por la configuración del terreno, el combustible derramado por avería o destrucción de algún depósito, tubería o cualquier otro elemento de la instalación, pueda impedir la necesaria circulación que su defensa exija, o causar daños en propiedades próximas.

Finalmente, la zona de seguridad de las canalizaciones, tanto si son enterradas como de superficie, que tendrá una anchura mínima de 5 m a cada lado de los límites de la canalización.

En todo caso, ha de tenerse en cuenta que la anchura de las zonas de seguridad de las instalaciones del grupo tercero podrá ser ampliada o reducida conforme se establece en el artículo 11.2 del reglamento, por lo que su anchura podrá ser ampliada o reducida por el ministro de Defensa, siempre previo informe del Estado Mayor del Ejército respectivo y a propuesta razonada de la autoridad regional de quien la instalación dependa, a la cual servirá de base el estudio completo que habrá de efectuar, para el caso, la junta u organismo técnico que tenga competencia en el asunto de que se trate, teniendo en cuenta que cuando en la zona existan bienes inmuebles dependientes de otros ministerios, el de Defensa lo comunicará a estos, para que puedan ser oídos en el plazo de un mes.

Referente a las limitaciones que afectan a la propiedad, como se deduce del artículo 25 del reglamento, las instalaciones del grupo tercero solo cuentan con una zona próxima de seguridad, siendo aplicable en consecuencia el régimen previsto para la zona próxima de seguridad de las instalaciones del grupo primero, tal y como señala el artículo 24.2 del reglamento, pudiendo distinguirse:

— Limitación de carácter general: En las zonas próximas de seguridad no podrán realizarse, sin autorización del Ministerio de Defensa, obras, trabajos, instalaciones o actividades de clase alguna.

— Supuestos de autorización desconcentrada: será facultad de las autoridades regionales autorizar los aprovechamientos agrícolas o forestales, así como las excavaciones o movimientos de tierra y construcción de cer-

cas o setos, casetas o barracones de carácter temporal e instalaciones de líneas telegráficas, telefónicas y de transporte de energía eléctrica, siempre que inequívocamente no obstaculicen las finalidades militares de la propia zona.

— Supuestos excluidos: las obras de mera conservación de las edificaciones o instalaciones ya existentes o previamente autorizadas no requerirán autorización. Cuando la zona próxima de seguridad afecte a una zona portuaria no militar, no será necesaria la autorización establecida por el párrafo 1 para la realización de las actividades exigidas por su normal explotación.

La delimitación de la zona de seguridad en las instalaciones del grupo tercero abarca como regla general una anchura de 300 m y, en el artículo 25.2 se establece como requisito esencial que su amplitud se graduará siempre previo estudio e informe de los órganos técnicos competentes para las instalaciones que establece el precepto. Y, de la misma manera, el artículo 25.5 establece que la anchura de las zonas de seguridad de las instalaciones del grupo tercero podrá ser ampliada o reducida conforme se establece en el artículo 11.2 del reglamento, por lo que su anchura podrá ser ampliada o reducida por el ministro de Defensa, siempre previo informe del Estado Mayor del Ejército respectivo y a propuesta razonada de la autoridad regional de quien la instalación dependa, a la cual servirá de base el estudio completo que habrá de efectuar, para el caso, la junta u organismo técnico que tenga competencia en el asunto de que se trate.

Por tanto, la ampliación de dichas zonas de seguridad ha de contar con el informe de los servicios técnicos competentes, como exige el artículo 25 del reglamento, debiendo especificarse, respecto a las zona próxima de seguridad del artículo 25.2, el tipo de munición, es decir, si es de gran calibre, la gran cantidad de municiones de algo explosivo, y los de gases o productos químicos de carácter tóxico, así como las de los polígonos de experimentación de éstos últimos, proximidad de viviendas o núcleos de población, debiendo motivarse, además, si la ampliación de la delimitación es o no proporcionada a la capacidad y peligrosidad de la instalación de que se trate. Respecto a la zona próxima de seguridad del artículo 25.3, es decir, las instalaciones destinadas a almacenamiento o bombeo de combustible, habrá de motivarse la ampliación de la delimitación estableciendo las razones por las cuales la misma es necesaria teniendo en cuenta la configuración del terreno, el combustible derramado por avería o destrucción de algún depósito, tubería o cualquier otro elemento de la instalación, y que vayan a incidir o impedir la necesaria circulación que su defensa exija, o

causar daños en propiedades próximas. Y, finalmente, lo dicho anteriormente es aplicable a la ampliación de la delimitación de la zona próxima de seguridad aplicable a las de las canalizaciones, tanto si son enterradas como de superficie.

En este sentido, podemos traer a colación la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7 julio 2010, por la que se resuelve el recurso contencioso-administrativo contra la resolución de fecha 6 de mayo de 2005 del director general de Infraestructura, por delegación del ministro de Defensa, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la resolución dictada por esa misma autoridad con fecha 4 de noviembre de 2004, denegatoria de autorización militar para construcción de un pabellón polivalente cubierto del Colegio Alemán Heidelberg dentro de la zona de seguridad del Polvorín de Barranco Seco de las Palmas de Gran Canaria, en la que se señala en el fundamento de derecho sexto lo siguiente:

«[...]Pues bien, en el caso de autos, aparte de que se ha acreditado, según la prueba pericial practicada, que los posibles riesgos de las instalaciones, tanto el Colegio como el Polideportivo, son “admisibles de acuerdo con la normativa vigente”, se ha producido una ampliación de la delimitación de la anchura de 300 m, como se pone de manifiesto en el Informe técnico emitido por el Estado Mayor de fecha 29 de marzo de 2005, que obra en el expediente, ampliación que debe reputarse arbitraria y no justificada, al no contar con el informe de los servicios técnicos competentes, como exige el citado art. 25.2, en el que se detallaría el tipo de munición, si es de gran calibre, de gran cantidad de municiones, de alto explosivo, proximidad de viviendas o núcleo de población y si la ampliación de la delimitación de es o no proporcionada a la capacidad y peligrosidad de la instalación, lo implica una vulneración clara de la norma reglamentaria y a la par una falta de motivación, de forma que el interesado se ve imposibilitado de ejercer contra la Orden Ministerial, los medios de ataque y de defensa oportunos y el órgano jurisdiccional de verificar los datos y elementos sufrientes para su control.

»Todo ello, nos conduce, en virtud del recurso indirecto interpuesto contra la O.M. 161/1982, en acatamiento de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio 2009, a considerar ilegal el contenido de la misma, en el apartado del Polvorín de “Barranco seco” de las Palmas de Gran Canaria, sin verse afectado el resto de la resolución, por las razones expuestas, y al ser competente para conocer del recurso directo

contra dicha Orden Ministerial, de conformidad con el art. 27.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, venimos en declarar su nulidad.

»Y así mismo, dicha nulidad debe desencadenar la de las resoluciones impugnadas de 6 de mayo de 2005 y 4 de noviembre de 2004, al quedar sin cobertura legal lo resuelto en las mismas, denegación de autorización militar para construcción de un Pabellón Polivalente Cubierto del Colegio alemán “Heidelberg” dentro de la zona de seguridad del Polvorín de “Barranco seco” de las Palmas de Gran Canaria».

En relación con las instalaciones del grupo cuarto, vienen definidas en el artículo 8 apartado primero cuarto: edificaciones ocupadas por el Ministerio de Defensa, capitanías y comandancias generales, gobiernos y comandancias militares y cualesquiera otras que sirvan de sede a órganos de mando militares; establecimientos y almacenes de carácter no peligroso; prisiones militares y, en general, las instalaciones no incluidas en los grupos precedentes, destinadas, al alojamiento, preparación o mantenimiento de las Fuerzas Armadas.

Respecto a las zonas de seguridad de dichas instalaciones, el artículo 26 del reglamento únicamente recoge la zona próxima de seguridad y distingue dos grupos: de una parte, los edificios en que se encuentran ubicados el Ministerio de Defensa y sus dependencias, capitanías y comandancias generales, gobiernos y comandancias militares y, en general, los que sirvan de sede a órganos de mando militares, que estarán rodeados de una zona de seguridad de 40 m. Esta misma anchura tendrá la zona de seguridad de las prisiones militares³¹; y, de otra parte, la zona de seguridad del resto de las instalaciones de este grupo, destinadas al alojamiento, preparación o

³¹ En la actualidad, únicamente subsiste como prisión militar el Establecimiento Penitenciario Militar de Alcalá de Henares. Según el artículo 5 del Real Decreto 112/2017, de 17 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario Militar, «los Establecimientos Penitenciarios Militares, sin perjuicio de su condición de instituciones penitenciarias, serán unidades de las Fuerzas Armadas, que se acomodarán a la estructura, organización y régimen general de dichas unidades. Estarán adscritos a la Subsecretaría de Defensa, quien determinará su número y ubicación, y establecerá los medios personales, materiales y económicos para su adecuado funcionamiento, sin perjuicio del apoyo logístico que no pueda ser prestado por ésta, que será facilitado por la cadena logística de cada Ejército».

Y, la disposición adicional tercera del Real Decreto 454/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa, señala que: «El Establecimiento Penitenciario Militar de Alcalá de Henares seguirá adscrito a la Subsecretaría de Defensa, con dependencia orgánica de la Secretaría General Técnica, sin perjuicio del apoyo logístico que no pueda ser prestado por la Subsecretaría, que será facilitado por la cadena logística de cada ejército».

mantenimiento de las fuerzas armadas tendrá una anchura de 12 m, comprendida la de los viales que la circunden.

Para la ampliación o reducción de su anchura se aplican los mismos criterios establecidos en el artículo 11, por lo que hemos de remitirnos a lo señalado anteriormente respecto a las instalaciones del grupo primero.

Respecto a las limitaciones a la propiedad de las zonas de seguridad de las instalaciones del grupo cuarto, el artículo 26.4 establece que será de aplicación a estas zonas de seguridad lo que establece el artículo 12 sobre limitaciones y autorización, por tanto, por lo que, nos encontramos nuevamente con una serie de limitaciones de carácter general, supuestos de autorización desconcentrada y supuestos excluidos para las obras de mera conservación de las edificaciones o instalaciones ya existentes o previamente autorizadas, no requerirán autorización.

Por último y respecto a las instalaciones del grupo quinto, el artículo 8 apartado 1, quinto señala que están incluidos en él los campos de instrucción y maniobras, y los polígonos o campos de tiro o bombardeo. El artículo 27.1 señala para este tipo de instalaciones que no exigirán zona próxima de seguridad, debiendo en caso necesario el Ministerio de Defensa adquirir el uso o el dominio de las fajas de terrenos circundantes indispensables para evitar que la utilización de aquellas instalaciones pueda causar perjuicio a los bienes radicados en las zonas limítrofes.

Como señala Fernández-Piñeyro y Hernández nos encontramos ante una norma singular en relación con los grupos anteriores, ya que por una parte no permite establecer las típicas limitaciones y prohibiciones a que se refiere el artículo 12 del reglamento para los propietarios de los terrenos colindantes que suelen constituir las zonas próximas de seguridad de las instalaciones incluidas en los otros grupos, pues lo que la norma parece preferir en estos casos, pensando quizá en un tratamiento más beneficioso para aquellos, es que la Administración adquiera el uso exclusivo o el dominio de dichos terrenos por la vía prevista en la Ley de Expropiación Forzosa, capítulo VIII, en el que se regula la expropiación por razones de defensa nacional y seguridad del Estado, y entre ellas las expropiaciones por necesidades militares

Por su parte, el apartado dos del artículo 27 señala que tendrán, sin embargo, una zona de seguridad lejana en la que queda prohibida la instalación de industrias o actividades que, con arreglo a los reglamentos generales (y locales, en su caso), vigentes en la materia, puedan calificarse de molestas, insalubres, nocivas o peligrosas, en una franja de 2 000 m de anchura en torno del campo militar, desde su perímetro exterior, señalando el apartado tres del citado precepto que el ministro de Defensa, o por

delegación suya la autoridad militar regional correspondiente, podrá, sin embargo, autorizar el establecimiento de tales industrias, condicionando la autorización a la inclusión de dispositivos de corrección de sus humos, emanaciones y similares, de forma que garanticen que no perjudicarán gravemente la salud ni impedirán la visibilidad y demás condiciones de actuación eficaz en el campo militar de que se trate.

Una interpretación integradora del artículo 27 del reglamento permite llegar a las siguientes conclusiones: de una parte, en aquellos supuestos en los que pudiese causarse perjuicio a los bienes limítrofes, la Administración, en este caso el Ministerio de Defensa, debe adquirir la propiedad de estos, siguiendo para ello la vía establecida en el capítulo VIII de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, donde se regula la expropiación por razones de defensa nacional y seguridad del Estado, y, dentro de ellas, las expropiaciones por necesidades militares; y, de otra parte, tales instalaciones tendrán una zona de seguridad lejana, en la que queda prohibida la instalación de industrias o actividades que, con arreglo a los reglamentos generales (y locales, en su caso), vigentes en la materia, puedan calificarse de molestas, insalubres, nocivas o peligrosas, en una franja de 2000 m de anchura en torno del campo militar, desde su perímetro exterior, salvo que el ministro de Defensa³² o por delegación suya la autoridad militar regional correspondiente autorice el establecimiento de tales industrias, condicionando la autorización a la inclusión de dispositivos de corrección de sus humos, emanaciones y similares, de forma que garanticen que no perjudicarán gravemente la salud ni impedirán la visibilidad y demás condiciones de actuación eficaz en el campo militar de que se trate.

3.2.2. Instalaciones civiles de interés militar

Como ya se ha señalado anteriormente, el artículo 7 de la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacio-

³² La competencia, en estos casos, corresponde al director general de Infraestructura del Ministerio de Defensa, en virtud de lo señalado en la Orden de 11 de febrero de 1987 por la que se delegan atribuciones del Ministerio de Defensa en el director general de Infraestructura, en relación con la Ley 8/1975, y del artículo 6.2 del Real Decreto 454/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la Estructura Orgánica Básica del Ministerio de Defensa, que atribuye a la Dirección General de Infraestructura 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.

nal, distingue dos tipos de instalaciones, de un lado, las instalaciones militares y, de otro lado, las instalaciones civiles declaradas de interés militar.

El apartado 1 del artículo 28 del reglamento contiene una definición de lo que ha de entenderse por instalaciones civiles de interés militar, señalándose que serán aquellas instalaciones civiles que eventualmente así se declare por contribuir de forma más o menos directa a las necesidades de la defensa nacional. La competencia para la declaración de la instalación civil como de interés militar corresponde al Consejo de Ministros mediante real decreto a propuesta del Ministerio de Defensa o del ministerio civil del que dependa cuando se trate de una instalación civil afectada a obras o servicios públicos.

Asimismo, el apartado 2 del artículo 28 señala que el decreto de declaración determinará el Ejército al que la instalación civil se adscribe y fijará el grupo de entre los previstos en el artículo 8 en que quede incluida para ser dotada, por analogía con las instalaciones militares, de las correspondientes zonas de seguridad.

Como ejemplo de dichas instalaciones civiles de interés militar podemos citar el Real Decreto 3772/1982, de 15 de diciembre, por el que se declaró de interés militar las instalaciones de la empresa Maarsu S. A., en Fuenlabrada (Madrid)³³, quedando adscritas al Ejército del Aire y comprendidas en el grupo cuarto; igualmente, el Real Decreto 3771/1982, de 15 de diciembre³⁴ por el que se declaraban instalaciones de interés militar las instalaciones de la empresa Compañías de Electricidad y Comunicaciones S. A. (CECSA) en Torrejón de Ardoz (Madrid), quedando adscritas también al Ejército del Aire y adscritas al grupo cuarto.

En todo caso, el real decreto por el que se declaren dichas instalaciones civiles de interés militar ha de motivar las razones por las cuales dicha instalación civil es declarada de interés militar, el Ejército al que queda adscrito, así como su inclusión en alguno de los grupos entre los previstos en el artículo 8. Se distingue de esta manera entre el acto administrativo de declaración de dichas zonas, que ha de hacerse por real decreto del Consejo de Ministros y el acto administrativo de delimitación de las zonas de seguridad de dichas instalaciones que ha de hacerse mediante orden ministerial, con los requisitos y condiciones que hemos visto anteriormente para cada grupo. Por tanto, una vez que la instalación civil ha sido declarada de interés militar e incluida en uno de los cinco grupos a los que hace referencia el artículo 8 del reglamento, será aplicable la regulación de las zonas

³³ BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 1982.

³⁴ BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 1982.

de seguridad establecida para cada uno de dichos grupos, completándose la delimitación de su zona de seguridad con la regulación contenida en el apartado 3 del artículo 28, por lo que se tendrá en cuenta la índole y ubicación de la instalación civil afectada, las medidas de seguridad y medios de protección con que cuenta o se viera obligada a adoptar, de suerte que podría variarse la extensión de las citadas zonas, de acuerdo con las medidas de seguridad que en cada momento se adopten por la empresa.

Consecuencia de lo anterior es la declaración contenida en el apartado 4 del artículo 28, es decir, la obligación que pesa sobre la entidad propietaria de una instalación civil de interés militar de dar a comunicar el nombre de la persona con capacidad de representación de la empresa que ha de relacionarse con el organismo técnico encargado de la fundamentación de la delimitación de las zonas de seguridad. Por lo demás, el artículo 28 apartado 5 señala que la autoridad militar jurisdiccional correspondiente podrá asignar eventualmente a la instalación declarada de interés militar, un destacamento de las Fuerzas Armadas para su protección, remisión que hay que entender referida, como ya se ha dicho anteriormente en el ámbito de la Armada, a la Jefatura de Apoyo Logístico, la Inspección General del Ejército de Tierra, y, en el Ejército del Aire, el Mando de Apoyo Logístico.

Respecto a las limitaciones que suponen al derecho de propiedad las zonas de seguridad de las instalaciones civiles de interés militar, resulta obvio que una vez que el real decreto de declaración de dichas instalaciones civiles como de interés militar determina el grupo en el que han de quedar encuadradas, serán de aplicación las limitaciones sobre el derecho de propiedad que hemos estudiado en relación con cada uno de dichos grupos.

Por último, la sección tercera del reglamento, artículos 29 a 31, con la que se cierra el capítulo II, relativo a las zonas de seguridad, contiene una serie de disposiciones comunes. Así, en primer lugar, establece que el Ministerio de Defensa determinará los obstáculos o instalaciones que deberán ser eliminados o modificados por cuenta del Estado entre aquellos que ya existan en las diferentes zonas de seguridad, remitiéndose al procedimiento expropiatorio mediante la correspondiente indemnización, pudiendo aplicarse si las circunstancias así lo exigieran el procedimiento de urgencia regulado en la ley. En segundo lugar, establece la obligación del Ministerio de Defensa de comunicar a los ayuntamientos en que radiquen las instalaciones la existencia y perímetro de las zonas correspondientes, así como las limitaciones inherentes a estas, para su traslado a los propietarios afectados, debiendo hacer la misma notificación en forma directa a los titulares de las obras o servicios públicos existentes, en la zona, obligación a la que ya se ha hecho referencia. Y, finalmente, el artículo 31 alude a las

facultades que corresponden a las autoridades jurisdiccionales sobre las correspondientes zonas de seguridad.

3.2.3. Consecuencias del incumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para la declaración de las zonas de seguridad de las instalaciones militares

El incumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para la declaración de dichas zonas de seguridad puede viciar de nulidad el acto administrativo por el que se realiza tal declaración, estando encuadrada dicha nulidad en el supuesto comprendido en el artículo 47 apartado 1 letra e), de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. A este respecto, debemos hacer las siguientes consideraciones y, en primer lugar, debemos comenzar con la previsión establecida en el artículo 14.1 de la Ley cuando establece que el Ministerio de Defensa, a través del órgano competente, comunicará a los ayuntamientos en los que radiquen las instalaciones la existencia y perímetro de las zonas de seguridad correspondientes, así como las limitaciones inherentes a estas, para su traslado a los propietarios afectados, debiendo hacer la misma notificación en forma directa a los titulares de las obras o servicios públicos existentes en la zona.

Se plantea en primer término, la cuestión de si la participación de los propietarios afectados en el procedimiento que conduce a la aprobación de dichas zonas de seguridad ha de ser obligatoria o, por el contrario, el Ministerio de Defensa únicamente ha de comunicar la existencia de las zonas de seguridad correspondientes así como las limitaciones inherentes a estas a los ayuntamientos afectados.

Resulta evidente que la comunicación a los ayuntamientos ha de realizarse una vez realizada la determinación de la zona de seguridad y es a partir de esta notificación cuando el ayuntamiento o la entidad local correspondiente ha de dar traslado a los propietarios afectados, momento en el cual estos propietarios podrán ejercer las acciones que consideren conveniente en defensa de sus derechos e intereses.

El artículo 105, c) de la Constitución establece que la ley regulará el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado, de manera que se garantiza la audiencia de los interesados no siempre, sino solo cuando proceda, pudiendo traerse a colación también el contenido del artículo 13 letra d, de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común

de las Administraciones Públicas cuando señala que, quienes de conformidad con el artículo 3, tienen capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas, son titulares, en sus relaciones con ellas, del derecho al acceso a la información pública, archivos y registros, de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno y el Resto del Ordenamiento Jurídico. De manera que tenemos que acudir a la ley que resulte de aplicación, en este caso la Ley 8/1975, que únicamente prevé la comunicación de la existencia de las zonas de seguridad correspondientes así como las limitaciones inherentes a estas a los ayuntamientos afectados para su traslado a los propietarios afectados, pero no se prevé la participación obligatoria de los afectados en el procedimiento que conduce a la aprobación de la delimitación de dichas zonas de seguridad, sin perjuicio de que si el órgano competente lo estimara necesario, se diera dicho trámite de audiencia a las entidades y ciudadanos que pudieran quedar afectados.

En segundo lugar, en caso de irregularidades o defectos formales en la tramitación del procedimiento, es necesario que se produzca una situación de indefensión real y efectiva, más allá de la meramente formal y como exige reiterada jurisprudencia³⁵, en el caso de posibles indefensiones ajenas nadie está legitimado para alegarlas, excepto los interesados. De manera que la legitimación en estos casos para la impugnación del acto administrativo correspondería a los propietarios afectados y no a los ayuntamientos.

Y, en tercer lugar, un último aspecto es el de la motivación, que cumple las tres funciones de asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración, constituir una garantía para los interesados y facilitar el control jurisdiccional de la legalidad de los actos administrativos, en los términos previstos en el artículo 106 de la Constitución, de manera que la orden ministerial por la que se establezcan las zonas de seguridad habrá de especificar las razones por las cuales se fijan dichas zonas.

Y, dicha doctrina ha sido recogida por nuestros tribunales de justicia, pudiendo citarse la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 3 de octubre de 2012, por la que se resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Vilaboia contra la Orden DEF/2050/2009, de 15 de julio, del Ministro de Defensa, por la que se establecía la zona de seguridad de la instalación mi-

³⁵ Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2001 y de 24 de octubre de 2002, entre otras.

litar General Morillo en los términos municipales de Pontevedra, Vilaboa y Marín³⁶.

³⁶ La Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 3 de octubre de 2012, establece en el fundamento de Derecho Cuarto lo siguiente: «El análisis de la impugnación efectuada por el Concello de Vilaboa a la luz de las alegaciones que se han realizado en el proceso y de la normativa aplicable no permite apreciar ninguna de las vulneraciones denunciadas por dicha parte: a) La omisión de la preceptiva comunicación prevista en el artículo 14.1 de la Ley 8/1975 y la consiguiente indefensión originada tanto a la Entidad local como a los titulares dominicales de los terrenos afectos sirve de fundamento a numerosos argumentos de la demanda. Sin embargo, los razonamientos del recurrente se construyen sobre un presupuesto incorrecto, cual es el de que la comunicación ha de ser “previa”, es decir, que en el procedimiento de elaboración del acto ha de abrirse un trámite de alegaciones dando entrada a los Ayuntamientos y a los propietarios afectados, cuando resulta del artículo 14.1 de la Ley 8/1975 que la comunicación a efectuar por la Administración del Estado debe comprender la existencia y el perímetro de las zonas de seguridad, así como la limitaciones correspondientes, lo que, lógicamente, no puede hacerse antes de haberse aprobado. Por tanto, la obligación de informar solo es exigible una vez realizada la determinación de la zona de seguridad, no antes, siendo a raíz de esa notificación cuando la Entidad local ha de trasladarla a los propietarios (en este mismo sentido, Sentencia de esta Sala, Sección 4.ª, de 14 de julio de 1999). Es cierto que, durante el procedimiento que conduce a la aprobación de la delimitación de una zona de seguridad, nada impide que se dé audiencia a las entidades y a los ciudadanos que pueden ser afectados, pero tal trámite no puede considerarse obligatorio, puesto que la propia Constitución, en la letra c) del artículo 105, no garantiza la audiencia de los interesados en todo caso, sino “cuando proceda”. En esta misma línea, hay que precisar que, el artículo 86 de la Ley 30/1992, al regular la “información pública”, la condiciona a que la naturaleza del procedimiento lo requiera, sin que, en casos como el presente, dada la finalidad perseguida por la Orden recurrida, deba convenirse en que así ocurra, lo que enlaza con uno de los argumentos desplegados por el Abogado de Estado, relativo a las limitaciones impuestas por la misma Ley 30/1992 respecto de aquellas cuestiones “que contengan información sobre la defensa nacional o la Seguridad del Estado” (artículo 37.5.b). b) Las referencias que, enlazadas con la falta de comunicación a la Entidad local demandante, la misma hace a la indefensión de los propietarios afectados tampoco puede implicar la nulidad o la anulabilidad que se postula. Por un lado, el Ayuntamiento en el que radica la instalación militar ha de transmitir a los propietarios afectados por las zonas de seguridad la información que, sobre su existencia, su perímetro y las limitaciones derivadas de las mismas, le comunique el Ministerio de Defensa, pero ello debe tener lugar, como ya se ha indicado, cuando las referidas zonas de seguridad hayan sido establecidas, siendo ese el momento en el que aquellos propietarios podrán ejercitar las acciones oportunas en defensa de sus legítimos intereses. Por otro lado, y enlazando con lo último que se acaba de indicar, según reiterada jurisprudencia, los defectos o irregularidades formales en la tramitación de los procedimientos administrativos resultan trascendentes en la medida en la que, a través de ellos, se genera una situación de indefensión real y efectiva, más allá de la meramente formal; y, en este sentido, nadie está legitimado para alegar posibles indefensiones ajenas (Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2001 y de 24 de octubre de 2002, entre otras), sin que pueda descartarse que esos propietarios hayan conocido la Orden impugnada —mediante la publicación en el Boletín Oficial del Estado, por el traslado previsto en el citado artículo 14 de la ley 8/1975 o por cualquier otro medio— y hayan decidido no recurrirla, siendo a dichos propietarios a quienes incumbiría la carga de reaccionar contra la Orden alegando la indefensión o cualquier otro vicio, sin que el Ayuntamiento pueda arrogarse esa actuación en su nombre. c) El artículo 4 de la Ley 30/1992 proclama, en el apartado 1, un principio que ha de inspirar las relaciones de todas Administraciones Públicas, cual es el de lealtad institucional. Este principio obliga, esencialmente, a te-

3.3. LAS ZONAS DE ACCESO RESTRINGIDO A LA PROPIEDAD POR PARTE DE EXTRANJEROS

El artículo 4 de la ley 8/1975, de 12 de marzo, dice que:

«Se denominan zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros aquéllas en que por exigencias de la defensa nacional

ner en cuenta, al ejercitar las competencias propias, cómo ese ejercicio puede afectar al de las restantes Administraciones, proscribiendo las actuaciones que entorpezcan las competencias propias de otra Administración. El mismo apartado 1 del citado artículo 4 dota al principio de lealtad institucional de concretos contenidos. Sin embargo, ninguna de las alegaciones vertidas por la parte demandante acreditan mínimamente que el mencionado principio se haya vulnerado por la Orden impugnada, en concreto, al determinar la zona de seguridad próxima, por cuanto, según se ha razonado, la comunicación de su existencia y perímetros, así como de las limitaciones inherentes a la misma ha de realizarse con posterioridad a su aprobación, no antes, no siendo preceptivo el trámite de información pública. Tampoco cabe olvidar el ámbito al que se refiere la Orden impugnada, que es uno tan sensible como el de la defensa nacional, el propósito perseguido por la fijación de una zona de seguridad próxima ni que la delimitación atacada trae causa de una anterior, sin que se explique la incidencia de las alteraciones en las esferas competenciales de la Entidad local como en la urbanística, a la que expresamente se alude en la demanda. Así, a este último respecto nada se justifica sobre cómo la nueva definición del perímetro de seguridad afecta a las atribuciones urbanísticas o, siquiera, al planeamiento aprobado por la demandante. d) También ha de rechazarse la infracción del artículo 58.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local. Este precepto, en lo que aquí interesa, que es el párrafo tercero, dispone que “La participación de los municipios en la formación de los planes generales de obras públicas que les afecten se realizará en todo caso de conformidad con lo que disponga la correspondiente legislación territorial. Asimismo, en la determinación de usos y en la adopción de resoluciones por parte de otras Administraciones Públicas en materia de concesiones o autorizaciones relativa al dominio público de su competencia, será requisito indispensable para su aprobación el informe previo de los municipios en cuyo territorio se encuentre dicho dominio público, de acuerdo con lo establecido en los artículos 82 y 83 de la Ley 30/1992”. La Orden impugnada no aprueba ningún plan general de obra pública ni trata sobre concesiones o autorizaciones; antes bien, impone servidumbres y limitaciones a terrenos ubicados en las cercanías de una instalación militar derivadas de las exigencias de la defensa nacional y previstas en un instrumento normativo adecuado para ello. e) En cuanto a la motivación, ha de recordarse que cumple diferentes funciones, pues, desde el punto de vista interno, asegura la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración; en el terreno formal, constituye una garantía para el interesado; y, en último término, facilita el control jurisdiccional previsto en el artículo 106 de la Constitución. Estas funciones se cumplen en el presente caso, donde, en virtud del preámbulo de la Orden recurrida, se tiene cumplido conocimiento de las razones que conducen a la derogación de la anterior, consistentes en, “aprovechando la experiencia adquirida”, perfeccionar “la delimitación existente”, lo que basta a los efectos que interesan ya que no puede desconocerse que las zonas de seguridad habían sido impuestas por Órdenes anteriores: la lejana por la Orden 156/1982, de 12 de noviembre, y la próxima por la Orden DEF/2815/2008, de 16 de septiembre, a la que sustituye la recurrida en este proceso, no siendo exigible un detalle, en la propia Orden, de cada uno de los cambios operados, máxime cuando ni siquiera se relaciona por la parte actora la incidencia que las alteraciones tienen sobre los intereses que dicha Entidad local encarna».

o del libre ejercicio de las potestades soberanas del Estado resulte conveniente prohibir, limitar o condicionar la adquisición de la propiedad y demás derechos reales por personas físicas o jurídicas de nacionalidad o bajo control extranjero, con arreglo a lo dispuesto en esta Ley».

Siguiendo a Fernández-Piñeyro y Hernández³⁷, el tenor del precepto se puede estudiar desde dos ángulos distintos, uno de carácter subjetivo que obliga a determinar qué personas, tanto físicas como jurídicas, pueden considerarse como extranjeros o bajo control extranjero a los efectos de esta ley, y el segundo de carácter objetivo, profundizando en la delimitación de los espacios físicos concretos del territorio nacional donde los extranjeros tienen limitados sus derechos por razón de interés de la defensa nacional.

3.3.1. Determinación subjetiva

El artículo 4 de la Ley 8/1975 describe el ámbito de aplicación subjetiva a las personas físicas o jurídicas de nacionalidad o bajo control extranjero con arreglo a lo dispuesto en esta ley.

Así, por lo que se refiere a las personas físicas, y a efectos de su delimitación, debemos acudir a lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, cuyo artículo 1 señala que se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente ley, a los que carezcan de nacionalidad española, señalando el apartado 3 que los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por las normas que lo regulan, siéndoles de aplicación la presente ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables.

El artículo 13, apartado primero, de nuestra Constitución señala que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley, pronunciándose en los mismos términos el artículo 27 del Código Civil cuando prevé que los extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles, salvo lo dispuesto en las leyes especiales y en los tratados, por lo que podría pensarse que el artículo 4 de la ley 8/1975, de 12 de marzo vulnera lo dispuesto en nuestra norma suprema.

³⁷ *Op. cit.*, p. 226 y ss.

Ahora bien, el disfrute por los extranjeros de los derechos y libertades reconocidos podrá atemperarse en cuanto a su contenido a lo que determinen los tratados internacionales y la ley interna española, de manera que eso significa que el legislador tiene reconocido un margen de disponibilidad para esa regulación. Y, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 2 de julio de 2008³⁸, señala en el fundamento de derecho quinto, párrafo segundo que:

«[...] el artículo 13 de la Constitución, en lo que hace a los derechos fundamentales de los extranjeros en España, establece que gozarán de ellos “en los términos que establezcan los tratados y la ley”. Esto significa efectivamente que el legislador tiene reconocido un margen de disponibilidad para esa regulación, pero no quiere decir que los derechos que sean objeto de dicha regulación no sigan siendo derechos fundamentales, ni estén acompañados de las garantías establecidas para esta clase de derechos en el artículo 53 CE».

En lo que atañe a las personas jurídicas, se incluyen en el artículo 4 las personas jurídicas tanto nacionales como extranjeras cuyo capital pertenezca a personas físicas o jurídicas extranjeras. El artículo 19 de la Ley 8/1975 señala, respecto al requisito de la autorización militar establecido en el artículo 18, que será exigible la autorización militar en todos los casos que previene este precepto a las sociedades españolas cuando su ca-

³⁸ Y, en el mismo sentido, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 13 de marzo de 2001, en el fundamento de derecho tercero cuando señala lo siguiente: «En idéntico sentido desestimatorio hemos de pronunciarnos con relación a la infracción del principio de proporcionalidad, pues al margen de que estaríamos en presencia de una cuestión nueva, la cual por ende no puede ser enjuiciada en casación, por la propia naturaleza de este recurso, es de observar en contemplación de los preceptos cuya infracción se acusa, cómo la expulsión se ha producido en correcta aplicación de lo dispuesto en el art. 26.1.a), a cuyo tenor los extranjeros podrán ser expulsados “por encontrarse ilegalmente en territorio español...”, sin que tal hecho pueda ser objeto de sanción pecuniaria, según determina el artículo siguiente 27.3, lo cual quiere decir, como expresábamos en la sentencia de 7 de noviembre de 2000, que “el legislador lo dispuso así en la mentada Ley Orgánica 7/85, de 1 de julio”, consignando además, en armonía con la doctrina del Tribunal Constitucional (sentencias entre otras 94/93, 150 y 242/94), e interpretando el art. 13.1 de la Constitución que “resultaba imposible moderar o graduar la expulsión, si bien no sucede lo mismo con la prohibición de volver a entrar en territorio español, que en éste caso se fijó en el mínimo de tres años (art. 36.1 de la misma Ley), plazo que no resulta desproporcionado”, todo ello al margen de que el invocado art. 13 garantiza ciertamente el derecho de los extranjeros a gozar de las libertades públicas que garantiza el Título I, pero “en los términos que establezcan los tratados y la ley, y precisamente es la tan repetida Ley 7/1985, dictada para desarrollar el mentado art. 13, el que disciplina la materia actual y prevé expresamente la cuestionada expulsión”».

pital pertenezca a personas físicas o jurídicas extranjeras, no nacionales de un Estado miembro de la Comunidad Económica Europea, en proporción superior al 50 %, o cuando aun no siendo así, los socios extranjeros no comunitarios tengan una situación de dominio o prevalencia en la empresa, derivada de cualquier circunstancia que permita comprobar la existencia de una influencia decisiva de estos en la gestión de la sociedad; dicha comprobación se verificará conforme al procedimiento que reglamentariamente se establezca. Estableciendo en el apartado segundo que el cómputo del porcentaje de inversión extranjera a que se hace referencia en el apartado anterior se llevará a cabo conforme a los criterios establecidos en la vigente normativa sobre Inversiones Extranjeras en España.

Las limitaciones impuestas a las personas jurídicas se aplicarían, según el artículo 19 de la Ley 8/1975, en dos supuestos, de una parte, a las sociedades españolas cuando su capital pertenezca a personas físicas o jurídicas extranjeras, no nacionales de un Estado miembro de la Comunidad Económica Europea, en proporción superior al 50 %; y de otra parte, cuando aun no siendo así, los socios extranjeros no comunitarios tengan una situación de dominio o prevalencia en la empresa, derivada de cualquier circunstancia que permita comprobar la existencia de una influencia decisiva de estos en la gestión de la sociedad; dicha comprobación se verificará conforme al procedimiento que reglamentariamente se establezca. Estableciendo en el apartado segundo que el cómputo del porcentaje de inversión extranjera a que se hace referencia en el apartado anterior se llevará a cabo conforme a los criterios establecidos en la vigente normativa sobre Inversiones Extranjeras en España.

Se observa, pues, que el artículo 19.2 de la Ley 8/1975, de 12 de marzo, se remite a la legislación sobre inversiones extranjeras, actualmente, el Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores, y, nada dice este real decreto, a excepción de lo dispuesto respecto a las sociedades que coticen en bolsa³⁹, en qué circunstancia los socios extranjeros no comunitarios tienen una situación de dominio o prevalencia en la empresa, derivada de cualquier circunstancia que permita comprobar la existencia de una influencia decisiva de los mismos en la gestión de la

³⁹ Artículo 11.1, párrafo segundo del Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre Inversiones Exteriores: «En el caso de sociedades cotizadas en Bolsa de Valores que desarrollen estas actividades, únicamente requerirán autorización las adquisiciones por no residentes superiores al 5 por 100 del capital social de la sociedad española, o las que, sin alcanzar este porcentaje, permitan al inversor formar parte, directa o indirectamente, de su órgano de administración, todo ello de conformidad con lo previsto en el Real Decreto 377/1991, de 15 de marzo, sobre comunicaciones de participaciones significativas en sociedades cotizadas y de adquisiciones por éstas de acciones propias».

sociedad⁴⁰. De modo que, para determinar cuándo los socios extranjeros no comunitarios tienen esa situación de dominio o prevalencia en la empresa, debemos acudir a la normativa general de aplicación constituida por el Código de Comercio —artículo 42 a 49—, Ley de Sociedades de Capital —artículo 18—, Ley del Mercado de Valores —artículo 5—, y Real Decreto 1159/2010, por el que se aprueban las normas para la formulación de las cuentas anuales consolidadas y las condiciones de presentación.

Dentro de esta materia se regulan las sociedades asociadas, es decir, aquellas en cuya gestión algunas sociedades del grupo ejercen una influencia significativa, y, poniendo en relación el artículo 47 del Código de Comercio con el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, —por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, parte tercera, apartado 13, Norma 3.^a—, y el artículo 5 del Real Decreto 1159/2010 —por el que se aprueban las normas para la formulación de las cuentas anuales consolidadas y las condiciones de presentación—, se entiende que existe influencia significativa en la gestión de otra empresa cuando se cumplan los dos requisitos siguientes: primero, que la empresa o una o varias empresas del

⁴⁰ Con anterioridad al Real Decreto 664/1999, el cómputo del porcentaje de inversión en extranjera se llevaba a cabo con los criterios establecidos en el artículo 5.1.4 del derogado Real Decreto 2077/1986, de 25 de septiembre, que establecía lo siguiente: «Las inversiones extranjeras efectuadas en España por Sociedades extranjeras pertenecientes a un mismo grupo, incluidas las filiales que tuvieran en España, se considerarán efectuadas por un solo sujeto de inversión, a efectos del cómputo de porcentaje previsto en el apartado anterior. Se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las Sociedades que constituyan una unidad de decisión porque cualquiera de ellos controle directa o indirectamente a los demás. A estos efectos existe control de una Sociedad dominada por otro dominante, cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el número 6 del artículo 4 de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre reguladora de las Instituciones de Inversión colectiva».

Y, el artículo 1.3 señalaba que: «[...] se considera que el inversor extranjero puede ejercer una influencia efectiva en la gestión o control de la Sociedad, cuando su participación sea igual o superior al 20 por 100 del capital». Y, en el mismo sentido, la derogada Orden de 4 de febrero de 1990, que desarrollaba las normas reguladoras de las inversiones extranjeras en España, establecía que «a los efectos previstos en el artículo 5.º 1.3 del Reglamento de Inversiones Extranjeras en España, se presume que el inversor extranjero ejerce influencia efectiva en la gestión o control de una Sociedad española cuando su participación porcentual en el capital de ésta sea igual o superior al 20 por 100 o cuando, sin alcanzar dicho porcentaje, goce directa o indirectamente de representación en el órgano de administración de la misma».

Por su parte, el Real Decreto 671/1992, que derogó la anterior normativa, establecía en el artículo 6.1 que «se presume que existe influencia efectiva en la gestión o control de una sociedad cuando la participación directa o indirecta del inversor sea igual o superior al 10 por 100 del capital de la sociedad o cuando, no alcanzándose dicho porcentaje, permita al inversor formar parte, directa o indirectamente, de su órgano de administración. Se considera a estos efectos como un solo sujeto inversor a las entidades que constituyan una unidad de decisión porque cualquiera de ellas controle o pueda controlar directa o indirectamente las decisiones de las demás».

grupo, incluidas las entidades o personas físicas dominantes, participan en la empresa, y segundo, que se tenga el poder de intervenir en las decisiones de política financiera y de explotación de la participada, sin llegar a tener el control.

Y se presumirá, salvo prueba en contrario, que existe influencia significativa cuando la empresa o una o varias empresas del grupo incluidas las entidades o personas físicas dominantes, posean, al menos, el 20% de los derechos de voto de otra sociedad. Asimismo, la existencia de influencia significativa se podrá evidenciar a través de cualquiera de las siguientes vías: la representación en el consejo de administración u órgano equivalente de dirección de la empresa participada, la participación en los procesos de fijación de políticas, las transacciones de importancia relativa con la participada, el intercambio de personal directivo o el suministro de información técnica esencial. Por tanto, hemos de concluir que cuando un socio extranjero reúna estas condiciones serán de aplicación las limitaciones establecidas en la Ley 8/1975.

3.3.2. Determinación objetiva

En cuanto a la determinación objetiva, el artículo 17 de la Ley 8/1975, de 12 de marzo, recoge textualmente que:

«La determinación y delimitación de estas zonas y la fijación del porcentaje máximo de propiedades y otros derechos reales en favor de extranjeros dentro de cada una de ellas, porcentaje que en ningún caso podrá exceder del límite señalado en el artículo anterior, se realizará por decreto aprobado en Consejo de Ministros, a propuesta de la Junta de defensa nacional e iniciativa del ministerio militar interesado.

»Excepcionalmente, con la misma forma e idénticos requisitos, podrá disponer el Gobierno, por razones similares, hacer extensivas las disposiciones de este capítulo de la Ley a determinadas poblaciones no fronterizas, o a sus zonas de ensanche, o fijar un límite máximo de superficie por adquirente».

De conformidad con el precepto transcrito, la determinación y delimitación de las zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de los extranjeros está atribuida al Consejo de Ministros mediante real decreto, a propuesta de la Comisión Interministerial de Defensa, que tiene la com-

petencia delegada por el Consejo de Defensa Nacional⁴¹ e iniciativa del Ministerio de Defensa.

Como señala Fernández-Piñeyro y Hernández⁴², la cuestión que se plantea inmediatamente con el precepto es si esa actividad reglamentaria se agota con lo que posteriormente determinó el Real Decreto 689/1978, por el que se aprueba el reglamento de ejecución de la ley o bien si cabe todavía una actividad reglamentaria, o más correctamente administrativa, específica en la que se determinen y delimiten nuevas zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros, tal y como puede hacerse, como ya se ha dicho en relación con la determinación y delimitación de las zonas de interés para la defensa nacional.

Comparto plenamente el criterio mantenido por el referido autor, en el sentido de que el reglamento quiso concretar con todo detalle qué zonas del territorio nacional han de considerarse de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros sin pretender que dicha concreción se realizara a través de un real decreto posterior.

Así se deduce del artículo 4 del reglamento cuando señala que:

«Se denominan zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros aquellas que, por exigencias de la defensa nacional o del libre ejercicio de las potestades soberanas del Estado, resulte conveniente prohibir, limitar o condicionar la adquisición de la propiedad y demás derechos reales sobre bienes inmuebles por personas físicas o jurídicas de nacionalidad o bajo control extranjero, con arreglo a lo dispuesto en la ley, que este reglamento de ejecución desarrolla”. Y, el artículo 32,1 señala, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 de

⁴¹ En la actualidad, se trata de una competencia que corresponde por delegación a la Comisión Interministerial de Defensa, en virtud de la Resolución 135/38138/2013, de 2 de octubre, de la Secretaría General de Política de Defensa, por la que se publica el *Acuerdo del Consejo de Defensa Nacional sobre delegación de competencias en la Comisión Interministerial de Defensa para la declaración de zonas de interés para la defensa nacional*, en la que el Consejo de Defensa Nacional acuerda encomendar, de conformidad con la previsión contenida en el artículo 8.f) del Real Decreto 1310/2007, la formulación de todas aquellas propuestas legalmente atribuidas a la extinta Junta de Defensa Nacional, en el ámbito de aplicación de la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, y que por aplicación de la disposición adicional cuarta del Real Decreto 1310/2007, de 5 de octubre, corresponde su ejercicio al Consejo de Defensa Nacional, de manera que sean adoptadas en su nombre, con posterior dación de cuenta al mencionado órgano colegiado, coordinador, y consultivo del presidente del Gobierno en materia de defensa.

⁴² *Op. cit.*, p. 235.

la ley qué zonas son de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros⁴³».

Por tanto, y como señala Fernández-Piñeyro, mediante la aplicación de estos dos artículos quedan perfectamente determinadas y delimitadas, ya en el reglamento de ejecución de la ley, las zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros, sin necesidad de un nuevo real decreto específico para ello, como ocurre con la determinación y delimitación de las zonas de interés para la defensa nacional.

Ahora bien, como señala el autor citado, ello no quiere decir que el Consejo de Ministros no pueda crear mediante real decreto nuevas zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros, suprimir alguna o modificar los límites existentes, pues dicha posibilidad ya viene recogida en el propio reglamento, en el artículo 32.2 al señalar que: «El Gobierno, a propuesta de la Junta de Defensa Nacional y a iniciativa del Ministerio de Defensa, podrá crear por Decreto nuevas zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros, suprimir alguna de las establecidas y, en cualquier caso, modificar sus límites territoriales».

⁴³ Artículo 4 de la Ley 8/1975: «[...] serán zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros: a) Territorios insulares.

1. Comprende la totalidad de las islas e islotes de soberanía nacional.

2. El porcentaje máximo de propiedades y otros derechos reales inmobiliarios en favor de extranjeros en estos territorios será:

En islas de superficie igual o superior a Formentera (82,8 kilómetros cuadrados), el quince por ciento.

En islas e islotes de superficie inferior a la antes mencionada, cero por ciento.

b) Territorios peninsulares.

1. Zona de Cartagena. El porcentaje máximo de adquisición en esta zona será del quince por ciento.

2. Zona del Estrecho de Gibraltar. El porcentaje máximo de adquisición en esta zona será del 10 por 100.

3. Zona de la bahía de Cádiz. El porcentaje máximo de adquisición en esta zona será del diez por ciento.

4. Zona fronteriza con Portugal. El porcentaje máximo de adquisición en esta zona será del quince por ciento.

5. Zona de Galicia. El porcentaje máximo de adquisición en esta zona será del quince por ciento.

6. Zona fronteriza con Francia. El porcentaje máximo de adquisición en esta zona será del quince por ciento, con excepción del término municipal de Llivia, en que el porcentaje será el cero por ciento.

7. La delimitación geográfica de las zonas señaladas en los seis números anteriores será la que se especifica en el anexo II de este Reglamento.

c) Territorios españoles del Norte de África.

En los territorios no insulares el porcentaje máximo de adquisición será del cinco por ciento».

3.3.3. Limitaciones que afecten a la propiedad derivadas de las zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros

Las limitaciones que afecten a la propiedad derivadas de las zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros se pueden clasificar en prohibiciones de carácter absoluto, relativas y supuestos particulares. Dentro de las primeras, los artículos 16 de la ley y 33 del reglamento recogen una prohibición absoluta de la transmisión de la propiedad y de otros derechos reales sobre determinados bienes inmuebles a personas físicas o jurídicas extranjeras, pues la extensión total de los bienes inmuebles pertenecientes en propiedad o gravados con derechos reales a favor de personas físicas o jurídicas extranjeras no podrá exceder del quince por ciento de su superficie, estableciendo el artículo 23 de la ley la posibilidad de que por parte del Ministerio de Defensa se proceda a la expropiación forzosa de aquellos inmuebles con los que se hubiera rebasado la proporción del 15 %, o la que en su caso fije el Gobierno, pues según dispone el artículo 17 no se podrá rebasar ese porcentaje pero sí establecer uno menor⁴⁴.

⁴⁴ El artículo 16 de la ley 8/1975, de 12 de marzo señala que: «En las zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros, a que se refiere el artículo cuarto de esta Ley, la extensión total de los bienes inmuebles pertenecientes en propiedad o gravados con derechos reales a favor de personas físicas o jurídicas extranjeras no podrá exceder del quince por ciento de su superficie, computado y distribuido en cada zona en la forma que reglamentariamente se determine.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente, quedará fuera del ámbito de aplicación de este capítulo y, por consiguiente, no se incluirá en el cómputo 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 la establecido en la legislación urbanística, que hayan sido informados favorablemente por el Ministerio militar correspondiente, circunstancia que se hará constar en el acto de aprobación».

Y el artículo 33.1 del reglamento establece que: «En las zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros, la extensión total de los bienes inmuebles pertenecientes en propiedad o gravados con derechos reales a favor de personas físicas o jurídicas extranjeras será el fijado para cada zona por este Reglamento o por el Decreto correspondiente, sin que en ningún caso pueda exceder del quince por ciento de su superficie».

Por su parte, el artículo 23 de la Ley 8/1975, de 12 de marzo, establece textualmente lo siguiente: «Si en alguna de las zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros se hubiere rebasado ya la proporción del quince por ciento, o la que en su caso fije el Gobierno, conforme a lo dispuesto en el artículo diecisiete de esta Ley, no se modificará el estado jurídico y de hecho de las propiedades que tuvieran adquiridas los extranjeros o Entidades extranjeras.

No obstante, previa declaración de utilidad pública, con arreglo a la legislación vigente, podrán ser objeto de expropiación aquellas propiedades que se considere conveniente o necesario adquiera el Estado, para salvaguardar los supremos intereses de la defensa nacional, decidiéndose ulteriormente acerca del destino o uso de los inmuebles adquiridos en tal concepto, sea para conservarlos por la Administración, o sea para enajenarlos a es-

Una segunda prohibición de carácter absoluto es la prevista en el artículo 27 de la ley y 48 del reglamento, puesto que en las zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros, estos no podrán adquirir, por prescripción, el dominio y otros derechos reales sobre bienes inmuebles.

A continuación la Ley 8/1975, en su artículo 18, y el reglamento, en su artículo 37, establecen otra serie de limitaciones, independientemente del porcentaje máximo admitido, y aunque el extranjero hubiera adquirido legítimamente el derecho de propiedad o algún otro derecho real por no haber rebasado dicho porcentaje máximo. Estamos en presencia de una prohibición relativa, al exigirse la correspondiente autorización militar⁴⁵.

Como supuestos particulares, los artículos 25 de la ley y 46 del reglamento establecen respecto a la adquisición de fincas o la constitución de derechos reales sobre estas a favor de extranjeros que se verifique, por título hereditario universal o singular, la obligación del extranjero heredero de solicitar la correspondiente autorización militar en el plazo de tres meses o, en su caso, proceder a la enajenación de los bienes en el término de un año, contados ambos desde que el adquirente pudo ejercitar legalmente sus facultades como titular del dominio o del derecho real de que se trate. Desde mi punto de vista, el precepto contempla tres supuestos: de una parte, la necesaria autorización militar para la adquisición de fincas o la constitución de derechos reales sobre estas, en el plazo de tres meses; en segundo lugar, la obligación de enajenación de los bienes adquiridos a título hereditario en el plazo de un año, bien cuando se haya denegado dicha autorización militar o bien porque el heredero haya incumplido el requisito de la previa autorización militar; y, por último, en caso de incumplimiento de dichas

pañoles, previa la autorización legal correspondiente, con arreglo a lo prevenido en la Ley del Patrimonio del Estado.

Cuando se produzca la expropiación a que se refiere el párrafo anterior, no habrá lugar al derecho de reversión previsto en el artículo cincuenta y cuatro de la Ley de Expropiación Forzosa».

⁴⁵ El artículo 18 establece que: «En las zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros, quedan sujetos al requisito de la autorización militar, tramitada en la forma que reglamentariamente se determine:

a) La adquisición, cualquiera que sea su título, por parte de personas físicas o jurídicas extranjeras, de propiedad sobre fincas rústicas o urbanas, con o sin edificaciones, o de obras o construcciones de cualquier clase.

b) La constitución, transmisión y modificación de hipotecas, censos, servidumbres y demás derechos reales sobre fincas, a favor de personas extranjeras.

c) La construcción de obras o edificaciones de cualquier clase, así como la adquisición de derechos sobre autorizaciones concedidas y no ejecutadas, cuando los peticionarios sean extranjeros».

obligaciones, el Ministerio de Defensa podrá proceder a la expropiación forzosa, en los términos previsto en el artículo 23 de la ley.

Otro supuesto particular es el previsto en el artículo 46 apartado 3 del reglamento relativo a la pérdida de nacionalidad española y de adquisición de bienes inmuebles como consecuencia de la disolución de sociedades: «Iguales plazo y consecuencias serán aplicables a los casos en que un súbdito español pierda esta nacionalidad y cuando por disolución de Sociedad se adjudiquen derechos reales sobre bienes inmuebles a un titular extranjero».

Por su parte, el artículo 20 de la Ley 8/1975 establece otra particularidad como es la obligación específica por parte de los notarios y registradores de la propiedad de exigir a los interesados la acreditación de la autorización militar antes señalada, con carácter previo al otorgamiento o inscripción, de los instrumentos públicos relativos a actos o contratos de transmisión del dominio o constitución de derechos reales.

La autorización militar en los actos o contratos de transmisión del dominio o constitución de derechos reales, es una auténtica *conditio iuris*, exigida por ley, pues dichas autorizaciones son hechos ajenos o extrínsecos al negocio jurídico mismo, pero cuya existencia es exigida por la ley para que el negocio jurídico pueda surtir efectos. Ello implica que dicha autorización militar debe exigirse con carácter previo o en el momento mismo del otorgamiento de la escritura pública por parte del notario y, por tanto, también, a efectos de inscripción por el registrador de la propiedad. Por tanto, la ausencia de tal autorización constituye una causa de ineficacia del contrato, pues este, aun concurriendo los elementos esenciales del contrato recogidos en el artículo 1261 del Código Civil, ha sido celebrado en contradicción con lo establecido en una ley imperativa como es la Ley 8/1975, de 12 de marzo, que exige la previa autorización militar⁴⁶.

⁴⁶ La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1983, en el fundamento de derecho primero, declara: «Que es doctrina, trato jurisprudencial como científica, comúnmente admitida, que entre los grados de invalidez de según que al contrato le falte alguno o alguno esenciales señalados en el artículo mil doscientos sesenta y uno del Código Civil o que haya sido celebrado, aun reuniendo esos elementos esenciales, en oposición a leyes imperativas cuya infracción da lugar a la ineficacia ; situaciones jurídicas distintas de aquella otra en que la ineficacia deviene a consecuencia de vicios del consentimiento en la formación de la voluntad o falta de capacidad de obrar en uno de los contratantes o falsedad de la causa, casos de la de nominada nulidad relativa o anulabilidad, una de cuyas consecuencias es que en este segundo supuesto la acción de nulidad dura cuatro años y solo puede ser ejercitada por los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos, según establecen los artículos mil trescientos uno y mil trescientos dos del citado cuerpo legal, mientras que en los casos de inexistencia o nulidad absoluta o radical la acción es imprescriptible y puede ejercitarla cualquier tercero perjudicado por el contrato en cuestión; habiendo llegado esta Sala a declarar (sentencia de veintinueve de octubre de mil novecientos cuarenta y nueve)

Finalmente, una última precisión es la referente al régimen jurídico aplicable a los territorios españoles del norte de África. Estos territorios cuentan con un sistema de restricciones al uso de la propiedad que no solo afecta a los extranjeros, sino también a personas físicas o jurídicas de nacionalidad española⁴⁷.

4. CONCLUSIÓN

Todas las actividades ligadas a la defensa nacional tienen una indudable proyección y repercusión territorial y, en este sentido, la Ley 8/1975 contiene importantes limitaciones a la propiedad y demás derechos sobre los bienes; limitaciones que, por otra parte, vienen justificadas no solo como consecuencia de la relevancia de la defensa nacional como actividad del Estado en orden a los fines y misiones contenidos en el artículo 8 de la Constitución y en la Ley Orgánica de Defensa Nacional, sino que también la disminución del derecho de goce de los propietarios está permitida por razón de la seguridad de las personas, y de las construcciones o plantaciones que puedan verse afectadas por la proximidad de las zonas e instalaciones que son de interés para la defensa nacional.

Los presupuestos establecidos en la normativa sobre zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional obligan a prestar especial atención a los requisitos exigidos por la ley para su declaración, de manera que

que los Tribunales pueden y deben apreciar de oficio la ineficacia o inexistencia de los actos radicalmente nulos».

⁴⁷ Como señala Fernández-Piñeyro y Hernández, ante el problema creado en Ceuta y Melilla por la adquisición de inmuebles por súbditos marroquíes nacionalizados españoles y ante la inconstitucionalidad de la discriminación entre españoles de origen y nacionalizados fue necesario establecer la necesidad de autorización para todos, extranjeros y españoles. Dice el autor citado que la circunstancia de que todas las transmisiones de inmuebles, con la amplia gama de actos jurídicos a que se refieren los artículos 37 y 46 del Reglamento de la Ley 8/1975, tuvieran que ser autorizados por el Consejo de Ministros, impidió la necesaria agilización administrativa, originando protestas en los Ayuntamientos de Ceuta y Melilla y alguna interpelación parlamentaria al Gobierno.

La Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989, modificó la disposición final segunda de la Ley 8/1975, habilitando la posible desconcentración de las facultades del Gobierno, a través del Consejo de Ministros, que actualmente contempla la ley, haciéndose efectiva dicha desconcentración por Real Decreto , de 31 de marzo, por el que se modifica el reglamento de ejecución de la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, dando una nueva redacción en su artículo único a la disposición final primera del reglamento de ejecución de la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional aprobado por Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero, que recogió dicha desconcentración, recogiendo además las especialidades del régimen jurídico aplicable a Ceuta y Melilla.

esta importante actividad del Estado que constituye la defensa nacional no se vea afectada, debiendo tenerse en cuenta quiénes son en la actualidad los órganos competentes para su declaración, así como aquellos otros bajo cuya responsabilidad y vigilancia se encuentran, y cuáles son las exigencias para la declaración de dichas zonas y las consecuencias de su incumplimiento.

NOTAS

NUEVAS TECNOLOGÍAS Y DELITOS MILITARES: EL USO DE DRONES Y LA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 29 DEL CPM

Cristina Amich Elías
Capitán auditor
Doctora en Derecho

SUMARIO

1. Introducción. 2. Características técnicas y regulación de los drones en España. 3. Intrusismo en centros militares y su repercusión penal militar. 3.1. Cuestiones generales. 3.2. Artículo 29 del CPM: bien jurídico protegido y elementos objetivo y subjetivo del injusto. 3.3. El sobrevuelo de drones como modalidad de comisión delictiva del artículo 29 del CPM.

1. INTRODUCCIÓN

Las nuevas tecnologías tienen múltiples y variadas dimensiones que afectan de forma relevante a diversas ramas del derecho. En estas líneas vamos a centrarnos en uno de los avances más novedosos y su impacto concreto en el derecho penal militar.

Hablamos de los drones. Esta denominación, más común en el ámbito académico y que es la que vamos a usar a lo largo de las siguientes páginas, viene referida a lo que técnicamente se conoce como RPA (por sus siglas en inglés, Remotely Piloted Aircraft)¹, UAV (Unmanned Aerial Vehicle) y UAS (Unmanned Aerial System).

¹ La OACI adopta esta denominación en su Circular 328, AN 90/2011, señalando que «El hecho de que la aeronave sea tripulada o no tripulada no afecta a su condición de aereo-

Como señala la Sala Segunda del Tribunal Supremo, partimos de que «la revolución tecnológica ofrece sofisticados instrumentos de intrusión que obligan a una interpretación funcional del art. 18.2 de la CE. La existencia de drones, cuya tripulación a distancia permite una ilimitada capacidad de intromisión en recintos domiciliarios abiertos es solo uno de los múltiples ejemplos imaginables»². Pues bien, otro de los ejemplos imaginables sería el intrusismo no ya en recintos privados o públicos de carácter civil, sino en dependencias militares mediante estos aparatos, que es la cuestión que vamos a analizar con más detenimiento en estas líneas.

Sin embargo, antes de abordar el impacto o la repercusión de esta tecnología en el ámbito del derecho penal militar, y más concretamente en relación con el artículo 29 del nuevo texto penal militar, Ley Orgánica 14/2015 de 14 de octubre, resulta necesario que clarifiquemos las características técnicas de los drones y la regulación a la que están sometidos en nuestro país, a fin de delimitar nuestro estudio.

2. CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS Y REGULACIÓN DE LOS DRONES EN ESPAÑA

En primer lugar, debemos señalar que no hay un único tipo de dron, destinado a un único fin, por el contrario, la variedad es cada vez mayor, con usos cada vez más numerosos. De forma genérica, podemos dividirlos en tres tipos de aparatos, dependiendo de características como tamaño, carga que pueden transportar y autonomía de vuelo³:

1º) Mini-UAV: pequeños, entre 100 g y 30 k, vuelan por debajo de 300 m y están diseñados para moverse por la ciudad o, incluso, en el interior de edificios y suelen ir equipados con dispositivos de captura y grabación de audio y vídeo. Resulta importante destacar que también se les puede añadir cámaras de infrarrojos, sensores térmicos u otro tipo de equipamiento.

nave. Cada categoría de aeronave tendrá posiblemente versiones no tripuladas en el futuro. Este punto es fundamental para todos los aspectos futuros relativos a las UA y proporciona la base para tratar la aeronavegabilidad, el otorgamiento de licencias al personal, las normas de separación, etc.». Disponible en: http://www.icao.int/Meetings/UAS/Documents/Circular%20328_en.pdf [Fecha de consulta: 8 de noviembre de 2016].

² STS (Sala Segunda) n.º 1709/2016 de 20 de abril de 2016.

³ ACED FÉLEZ, E. «Drones, una nueva era de la vigilancia y la privacidad». *Revista Red Seguridad* 2013, n.º 52 [en línea]. Disponible en: <http://www.redseguridad.com/opinion/articulos/drones-una-nueva-era-de-la-vigilancia-y-de-la-privacidad> [Fecha de consulta: 17 de noviembre de 2016].

2º) Tácticos: pesados (entre 150 y 1 500 k), vuelan a una altitud entre los 3 000 y los 8 000 m y pueden diferir bastante en su autonomía de vuelo. Se usan, fundamentalmente, en operaciones militares. Los hay con gran autonomía de vuelo, conocidos como MALE (Medium Altitude Long Endurance). Usan tecnología más avanzada como conexiones vía satélite y tienen la posibilidad de montar misiles guiados con sistemas de precisión.

3º) Estratégicos: Los HALE (High Altitude Long Endurance). Pueden llegar a las doce toneladas y volar a una altitud máxima de 20 000 m. Son en su mayoría de uso militar, pero se pueden usar para otros fines como realización de mapas y observaciones atmosféricas y terrestres.

Los drones de la segunda y tercera categoría tienen, indudablemente, una repercusión muy relevante en el ámbito militar⁴, en la conducción de operaciones, y, entre otras cuestiones, en el ámbito del derecho internacional humanitario. Sin embargo, en este trabajo vamos a centrarnos en los mini-UAV y su cada vez más extendido uso en los ámbitos privado y comercial (ciudadanos, profesionales y empresas). Esa masiva utilización de este tipo de aparatos, también por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad estatales, ha hecho que se conviertan en una *tecnología de moda*, accesible a precios reducidos⁵.

La situación ha demandado la adopción de medidas regulatorias. Así, la Agencia Europea de Seguridad Aérea (EASA) tiene competencia para regular los drones de más de 150 k de masa al despegue dejando en manos de las autoridades aeronáuticas de los distintos Estados miembros la reglamentación de los drones de peso inferior, los vuelos experimentales, los vuelos gubernamentales militares y no militares y los aeromodelos⁶.

⁴ Orden PRE/1366/2010, de 20 de mayo, por la que se modifica el Reglamento de la Circulación Aérea Operativa, aprobado por el Real Decreto 1489/1994, de 1 de julio.

⁵ Ya la consultora Strategic Defence señalaba en 2013 que el mercado de drones «será uno de los puntales económicos de crecimiento en los próximos 10 años». *Informe The Market 2013-2023 Global UAV* [en línea]. Disponible en: <http://www.strategicdefenceintelligence.com> [Fecha de consulta: 9 de noviembre de 2016].

⁶ Reglamento (CE) n.º 216/2008 del Parlamento y del Consejo, de 20 de febrero, sobre Normas Comunes en el Ámbito de la Aviación Civil. Señala Paulner Chulvi que esta división se ha revelado disfuncional al complicar el avance de una regulación coherente y exhaustiva para Europa por lo que las instituciones europeas abogan por la eliminación del umbral de 150 k y la transferencia de las competencias sobre toda clase de drones a la Unión Europea sin atención a su peso. PAULNER CHULVI, C. «El uso emergente de drones civiles en España. Estatuto jurídico e impacto en el derecho a la protección de datos». *UNED. Revista de Derecho Político* 2016, n.º 95, enero-abril, p. 86.

También la Resolución del Parlamento Europeo sobre el Uso Seguro de los Sistemas de Aeronaves Pilotadas de Forma Remota (RPAS), comúnmente conocidos como vehículos aéreos no tripulados (UAV), en el ámbito de la aviación civil, de 29 de octubre de 2015

En España, el 4 de julio de 2014, se aprobó el Real Decreto Ley 8/2014 de Aprobación de Medidas Urgentes para el Crecimiento, la Competitividad y la Eficiencia, en cuyo artículo 50 se adoptaban las medidas temporales para operaciones de aeronaves civiles pilotadas por control remoto. Posteriormente, fue aprobada la Ley 18/2014, de 15 de octubre, en principio adoptada con una vigencia temporal hasta la determinación del régimen jurídico aplicable a estas aeronaves, si bien a fecha de hoy, dicha regulación definitiva no ha sido aprobada.

El régimen jurídico actual se completa con la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea (LNA), modificada para establecer que estos artefactos son efectivamente aeronaves y que como tales su utilización civil está sujeta a la legislación aeronáutica civil. La Ley se centra en los mini-UAV, a los que a su vez, divide en tres categorías, con diferentes exigencias regulatorias:

1.º) Drones de más de 25 k que no superan los 150 k: son las únicas aeronaves que deberán estar registradas en el Registro de Matrícula de Aeronaves y contar con un certificado de aeronavegabilidad emitido por la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (AESA). El piloto necesitará un certificado básico o avanzado emitido por una organización de formación autorizada.

2.º) Drones de menos de 25 k y hasta 2 k: no necesitan estar inscritos en el registro de aeronaves ni disponer de un certificado de aeronavegabilidad, pero deberán emitir una comunicación previa de vuelo, así como una declaración responsable a la AESA con una antelación mínima de cinco días. El dron debe estar dentro del alcance visual del piloto y se requiere un permiso especial para la obtención de fotografías o filmaciones.

3.º) Drones inferiores a 2 kilos: son los únicos que pueden volar más allá del alcance visual del piloto, pero sujetos al alcance de la emisión por radio de la estación de control. Aunque tampoco se exige certificado ni inscripción, debe emitirse un aviso de vuelo al resto de usuarios del espacio aéreo informando del lugar y hora en los que se volará.

Los principales usos a los que se destinan estos drones son actividades de investigación y desarrollo; tratamientos aéreos, fitosanitarios, lanzamiento de productos para extinción de incendios; levantamientos aéreos;

[en línea]. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0390+0+DOC+XML+V0//ES> [Fecha de consulta: 18 de noviembre de 2016].

observación y vigilancia aérea incluyendo filmación y actividades de vigilancia de incendios forestales; publicidad aérea, emisiones de radio y TV, operaciones de emergencia, búsqueda y salvamento, etc. Y a este uso profesional o comercial es al que se dirige la regulación que hemos visto.

Otra cuestión, sin embargo, es el denominado *uso recreativo o deportivo* de estos drones, que está específicamente excluido de la aplicación de la LNA, de conformidad con su artículo 150. 2. Los dispositivos empleados en las demostraciones aéreas, las actividades deportivas, las recreativas o las de competición, son considerados aeromodelos, si bien su catalogación como aeronaves las somete también a la observancia de las leyes aeronáuticas vigentes. El borrador de real decreto sí contempla el uso recreativo de estas aeronaves a las que denomina *aeromodelos radio-controlados* y dispone las reglas de seguridad bajo las que deberán operar⁷.

Hasta la entrada en vigor de dicha reglamentación u otra normativa que pueda desarrollarse, la práctica del aeromodelismo está regulada por la Real Federación Aeronáutica de España. Además, debe tenerse en cuenta lo establecido por la legislación propia que cada comunidad autónoma y las ordenanzas municipales que cada municipio puede tener sobre esta actividad lúdica o deportiva.

Si bien los aeromodelos no necesitan autorización de AESA para volar, deben hacerlo en vuelo diurno por debajo de los 120 m de altura, dentro del alcance visual del operador y en zonas adecuadas para ello como zonas de vuelo de aeromodelismo o zonas despobladas. No pueden entrar en espacio aéreo controlado sin autorización, ni tampoco pueden volarse en espacios aéreos no controlados (por ejemplo, una plaza pública o una reunión de personas al aire libre). Además, deben cumplirse las siguientes condiciones: en condiciones meteorológicas de vuelo visual, dentro del alcance visual del piloto, manteniendo una distancia adecuada a los obstáculos y en zonas fuera de aglomeraciones de edificios en ciudades, pueblos o lugares habitados o sobre una reunión⁸.

⁷ *Op. cit.*, p. 88.

⁸ Real Decreto 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del Aire y Disposiciones Operativas Comunes para los Servicios y Procedimientos de Navegación Aérea y se modifica el Real Decreto 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea y Reglamento de Ejecución (UE) n.º 923/2012 de la Comisión, de 26 de septiembre de 2012, comúnmente llamado Reglamento SERA (Standardised European Rules of the Air). Real Decreto 1919/2009, de 11 de diciembre, por el que se regula la Seguridad Aeronáutica de las Demostraciones Aéreas Civiles. Véase también la web del Ministerio de Fomento sobre esta temática: http://www.seguridadaaerea.gob.es/lang_castellano/cias_empresas/trabajos/rpas/folletos/default.aspx

Como en otros ámbitos tecnológicos, el diseño y las capacidades de estos aparatos siguen avanzando rápidamente y planteando problemas muy diversos que requieren de un continuo impulso de la normativa sobre su fabricación y uso, pero también de la adecuada difusión de información y buenas prácticas. En todo caso, y como señalábamos al principio, uno de dichos problemas puede afectar a las instalaciones militares, cuestión que abordamos en los siguientes apartados.

3. INTRUSISMO EN CENTROS MILITARES Y SU REPERCUSIÓN PENAL MILITAR

3.1. CUESTIONES GENERALES

La ubicación de determinados centros militares, algunos de los cuales tienen incluso zona de costa propicia para actividades lúdicas, hace que no resulte extraña, ni mucho menos, la entrada de civiles en dichas zonas militares para el ejercicio de actividades que abarcan desde el pastoreo a la recogida de productos silvestres o la práctica de actividades deportivas. Si bien es obligación de los respectivos jefes de las instalaciones militares, a través de las oportunas órdenes o delegaciones, y en consonancia con la normativa de referencia⁹, diseñar y poner en funcionamiento los correspondientes planes de seguridad, no toda actividad intrusiva tiene necesariamente repercusión penal, o incluso teniéndola, puede no corresponder a la competencia de la jurisdicción militar.

1. Así, la experiencia demuestra que la acción de los sujetos (civiles) puede abarcar multitud de situaciones, sirvan de ejemplo las siguientes¹⁰:
2. Personal extraviado: aquel que se ha introducido a la propiedad sin conocimiento del lugar en que se encuentra.
3. Personal en tránsito: aquel que atraviesa la propiedad por una vía, que pudiera tener servidumbre de paso o no.
4. Actividad deportiva, normalmente senderismo, carrera, itinerarios en moto o en vehículo TT o bicicleta de montaña, con conocimiento o no de la naturaleza militar del centro.

⁹ Real Decreto 194/2010, de 26 de febrero, por el que se aprueban las Normas sobre Seguridad de las Fuerzas Armadas, directivas de seguridad de los Ejércitos y diversas instrucciones de las instalaciones, incluyendo aquellas relativas a la seguridad informática.

¹⁰ Borrador de Estudio sobre actuación en casos de intrusismo en CMT. IGE. Unidad de estudios. Septiembre 2016.

5. Recolección de setas, espárragos, frutos, madera. Normalmente no tendrán un fin económico. Puede que exista una regulación relativa a dichas actividades por parte de los municipios o comunidades autónomas y que se esté infringiendo.
6. Caza o pesca contraviniendo la normativa relativa a estas actividades. La caza furtiva puede además causar daños o poner en riesgo la seguridad a las tropas que se encuentran en el centro militar.
7. Actividad económica, recogida de minerales, frutos, corcho o chatarra, que implica además del intrusismo una explotación sin concesión demanial de bienes del Estado. La recogida de chatarras puede ser peligrosa por incluirse municiones sin explotar.
8. Pastoreo, que implica la introducción de rebaños en la propiedad sin autorización, realizando una actividad económica sin concesión demanial y ocupando amplios espacios del CMT con un difícil control de los espacios ocupados. El pastoreo intensivo y sin control puede causar graves daños a la vegetación del campo además de introducir insectos parásitos y excrementos en zonas no autorizadas.
9. Otras actividades menos evidentes que podrían incluir las que más afectan a la seguridad nacional y a la seguridad de las fuerzas propias, como pueden ser tomas de imágenes de unidades o material, sustracción de material o documentos, sabotajes, toma de datos sobre personal con fines terroristas, etc.

Una última categoría la conformarían aquellas actividades que pueden vulnerar las medidas de seguridad, que en hipótesis cabe cometer sin que estrictamente haya intrusismo. Ejemplos de dicha conducta son las aberturas en alambradas, inutilización de cámaras de vigilancia, o, y es la cuestión que vamos a analizar con más detenimiento, el vuelo de drones.

En todo caso, a la hora de abordar estas acciones u otras similares desde el punto de vista penal y de la jurisdicción militar, deberemos circunscribirnos principalmente¹¹ al tipo penal recogido en el artículo 29 del Código Penal Militar (CPM), aplicable a sujetos activos militares y civiles y que establece: «El que penetrare o permaneciere en un centro, dependencia o establecimiento militar contra la voluntad expresa o tácita de su jefe, o vulnerare las medidas de seguridad establecidas para la protección

¹¹ La protección penal para los intereses de la defensa puede además venir reforzada en el caso del allanamiento, si la fuerza o elemento militar neutralizador o actuante fuese centinela o componente de las guardias de seguridad con dicha equivalencia a centinela según el art. 4 del CPM, ya que la desobediencia o resistencia a sus órdenes podría constituir el delito previsto en el art. 34 del CPM, siendo luego el órgano judicial destinatario el que valorase esta situación concursal.

de aquellos, será castigado con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión».

La tipificación ha sido modificada en el CPM de 2015, ya que el artículo 61 del Código Penal Militar de 1985¹² establecía: «El que allanare una base, acuartelamiento o establecimiento militar, o vulnerase las medidas de seguridad establecidas para su protección, será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión».

De tal forma que el verbo *allanar* del artículo 61 es sustituido por una descripción de la conducta: «penetrar o permanecer contra la voluntad expresa o tácita de su jefe»¹³, manteniéndose la modalidad de vulneración de las medidas de seguridad. En todo caso, y como señala la Sentencia de la Sala Quinta de 20 de junio de 2016¹⁴, en relación con Sentencia del Tribunal Militar Territorial Segundo de 16 de junio de 2015 «[...] no obsta a la apreciación de que en ambos Códigos Penales el sustrato básico de la acción delictiva es común».

3.2. ARTÍCULO 29 DEL CPM: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y ELEMENTOS OBJETIVO Y SUBJETIVO DEL INJUSTO

El delito contemplado en el artículo 29 del CPM es un delito de peligro abstracto, en el sentido de que debe existir una acción potencialmente peligrosa para el bien jurídico protegido. Este bien jurídico no es el centro o dependencia militar en sí, que se configura como el objeto material, sino un bien jurídico colectivo, la seguridad y defensa nacionales, cuya trascendencia social, «impone que no solo se tipifiquen aquellas acciones que representan un peligro real y concreto —peligro que es, muchas veces, difícil de precisar por la naturaleza de estos bienes—, sino, incluso, las situaciones idóneas para generar peligro»¹⁵.

Así, la denominación concreta del objeto material del delito, que ha sido modificada en el nuevo CPM¹⁶, tiene relevancia en cuanto a la natu-

¹² LO 13/1985, de 9 de diciembre.

¹³ Art. 408 del Código de Justicia Militar de 1945: «el que contra la voluntad de un jefe o encargado de centro, dependencia o establecimiento militar penetrase en los mismos».

¹⁴ STS (Sala Quinta) 3039/2016, de 20 de junio de 2016.

¹⁵ PÉREZ ESTEBAN, F. «La naturaleza de los delitos de allanamiento de bases, acuartelamientos y vulneración de sus medidas de seguridad». *Revista Española de Derecho Militar* 2001, nº 77, enero-junio, p. 177.

¹⁶ «Bases, acuartelamientos y establecimientos militares», del artículo 61 del CPM de 1985, se denominan como «centros, dependencias y establecimientos militares» en el artículo 29 del CPM de 2015.

raleza de cada centro militar como medio/recurso de la defensa nacional en cada caso concreto. Por tanto, la modificación no afecta al concepto clarificado por la jurisprudencia¹⁷, toda vez que este tipo delictivo protege el bien jurídico seguridad y defensa nacionales, por lo que aquellas instalaciones que carecen de las características necesarias para que a través de un atentado a las mismas se vea afectada la defensa nacional, no podrían ser objeto material del delito.

Para que pueda haber una infracción penal, el bien jurídico debe verse afectado negativamente, y si bien la nueva redacción del tipo en su vertiente de intrusión física («penetrare o permaneciere en un centro, dependencia o establecimiento militar contra la voluntad expresa o tácita de su jefe») se acerca más al concepto penal de delito formal, de manera que podría parecer que la mera actividad lesiona el bien jurídico, la asentada jurisprudencia¹⁸, dimanante de la ubicación de este tipo penal —título I del libro II, «Delitos contra la seguridad y defensa nacionales»—, sistemática que no ha variado, mantiene el centro de gravedad en la necesidad de que exista esa afectación negativa de la seguridad y defensa nacionales, y no la mera contravención formal de la voluntad de un jefe de dependencia militar.

Debemos tener en cuenta que si la lesión fuese simplemente respecto del objeto material, podríamos encontrarnos ante la falta de necesidad de una tipificación específica, puesto que la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas ya se encuentra protegido en el Código Penal ordinario (Artículo 203).

En cuanto a su vertiente de vulneración de las medidas de seguridad, el delito amplía la acción a todas aquellas actividades que, sin implicar una intrusión física por parte del sujeto, ataquen o conculquen las medidas de seguridad establecidas, siempre que, al igual que en la modalidad de allanamiento, ello suponga una afectación negativa del bien jurídico protegido, defensa y seguridad nacionales, en el ámbito de sus medios y recursos.

Al referirnos a una afectación negativa de un bien jurídico, ello puede comprender desde una lesión, hasta un peligro concreto, o un peligro abstracto como es el caso que nos ocupa, tal y como se establece en la jurisprudencia citada, lo que se concreta en una situación de idoneidad para generar peligro para el bien jurídico protegido. Por tanto, «la consideración de la conducta como general o normalmente peligrosa puede llevar al le-

¹⁷ STS (Sala Quinta) 8630/1993, de 13 de diciembre de 1993; STS (Sala Quinta) 2597/1995, de 8 de mayo de 1995.

¹⁸ STS (Sala Quinta) 8658/2000, de 27 de noviembre de 2000; STS (Sala Quinta) 3974/2001, de 16 de mayo de 2001; STS 2581/2003, de 11 de abril de 2003.

gislador, valorando el potencial riesgo, a tipificarla fundadamente como delito, pero no justifica, por sí sola, la punición de una acción concreta»¹⁹.

¿Qué es necesario, por tanto, para que nos encontremos ante la comisión delictiva del artículo 29?

Como señala la Sentencia de la Sala Quinta del TS de 11 de abril de 2003²⁰:

«Los elementos del tipo entonces comprenderán la entrada en el Establecimiento tutelado con intención de acceder al mismo y conocimiento de que se trata de una Base, Acuartelamiento o Establecimiento militar y de que existe una interdicción de acceso al mismo, sin que sea necesario acreditar riesgo concreto y bastando el aludido peligro abstracto. Sin embargo, la simple entrada no es suficiente para la tipificación del delito, puesto que ha de quedar probada la afección del bien jurídico tutelado, que debe completar el hecho de introducirse subrepticamente en la zona, tal como se describía en la Sentencia de esta Sala de 8 de mayo de 1995. En el mismo sentido, en nuestra Sentencia de 16 de mayo de 2001 se puntualiza que, en consecuencia “no es preciso acreditar la existencia de ningún riesgo real y efectivo”, pero *si debe quedar acreditada la concurrencia de la situación de peligrosidad potencial o riesgo abstracto*, que es la base de la punición como necesaria exigencia del principio de culpabilidad. Más específicamente, en nuestra Sentencia de 11 de diciembre de 2000 se hace referencia en el mismo sentido a que basta la “potencial afección al interés protegido por la norma”, lo que no es óbice para sostener que “cuando del comportamiento de los sujetos activos se excluya, por sí mismo y desde el principio, cualquier peligrosidad en tal caso la acción resulta atípica y por tanto impune”, en razón a que no existe delito sin lesión o puesta en peligro del bien protegido».

Por tanto, habrá que analizar en cada caso concreto si la acción fue idónea para generar una situación de peligro, por lo que además de probar los elementos objetivos del tipo, habrá que constatar la peligrosidad potencial de la acción.

En cuanto al elemento subjetivo del tipo, el artículo 29 es un delito doloso, lo que cobra una gran relevancia a la hora de valorar la relevancia penal de las conductas que hemos enumerado anteriormente y otras

¹⁹ *Op. cit.*, p. 183.

²⁰ STS (Sala Quinta) 2581/2003, de 11 de abril de 2003.

similares. La configuración del tipo como un delito de peligro abstracto implica que el dolo no debe abarcar solo los elementos materiales del tipo y la voluntad de ejecutarlo, sino que debe alcanzar a la idoneidad de la actividad para producir peligro. Ahora bien, «la realización de los hechos típicos, con conocimiento y voluntad, permiten inferir, en principio, que el autor conocía esa situación de peligrosidad»²¹. En este sentido, resulta especialmente relevante destacar que la reforma de 2015 ha eliminado la comisión por imprudencia, que se tipificaba en el artículo 62 del CPM de 1985. Ello tiene, indudablemente, repercusiones importantes en la imputación delictiva por la comisión de estas conductas que, en la realidad, pudieran suponer una afección negativa a la defensa nacional, pero estar desprovistas de intencionalidad.

3.3. EL SOBREVUELO DE DRONES COMO MODALIDAD DE COMISIÓN DELICTIVA DEL ARTÍCULO 29 DEL CPM

Vista la configuración teórica del tipo penal, vamos a abordar en las siguientes líneas el vuelo de drones y su posible subsunción en este.

El sobrevuelo de drones sobre centros militares se encuadra en la modalidad de vulneración de las medidas de seguridad, toda vez que, salvo que de alguna forma dicho sobrevuelo sirva de excusa para penetrar en el centro, no se trata de un intrusismo físico del sujeto activo. En este sentido, la mera acción, *a priori*, parece implicar la vulneración de las medidas de seguridad de la dependencia, desde el punto de vista de la descripción formal del tipo²², y también, en principio, la concurrencia del elemento subjetivo en cuanto al conocimiento de la acción que se está llevando a cabo, salvo que el vuelo haya sido accidental, en el sentido de descontrol del aparato, o exista un desconocimiento total de que la zona sea militar, aspectos que, en todo caso, deberán ser objeto de investigación y análisis.

Descartando que el sobrevuelo sea completamente accidental por fallo mecánico o electrónico, en cualquier vuelo de dron sobre una dependencia

²¹ *Op. cit.*, p. 185.

²² Si bien, en este sentido, debemos recordar la ya citada STS, de 16 de mayo de 2001: «El principio de legalidad exige la interpretación en sentido objetivo del precepto. La acción ha de ser peligrosa para la seguridad del establecimiento militar, pero mediante la conculcación de una de las medidas establecidas para su protección. Por consiguiente, no basta, pues, para la apreciación de esta específica figura delictiva la realización de cualquier actividad que pueda afectar a esa seguridad y mucho menos que, subjetivamente, inquiete a quienes tienen a su cargo mantenerla, si su peligrosidad no es consecuencia de la infracción de esas determinadas medidas».

militar deberemos analizar dos cuestiones, si dicha acción supuso un peligro potencial para la seguridad de la instalación como recurso de la defensa nacional, y si la intencionalidad del sujeto activo abarcaba tanto la acción como dicho peligro potencial.

De forma genérica, cabría aquí diferenciar dos tipos de acciones:

1.º) Uso de drones como instrumento específico para vulnerar la seguridad de las instalaciones/dependencias militares (grabación de imágenes, sonidos, extracción de datos, etc.). Uno o varios sujetos activos, militares o civiles, usan este medio y sus posibilidades con la intención concreta de perjudicar los recursos de la defensa nacional, en el momento de la comisión, o en un futuro indeterminado, mediante la información obtenida. Ello sin perjuicio de que el dron sea utilizado para causar daños específicos, lo que podría suponer otra figura delictiva²³. En este tipo de casos, por tanto, al margen de la obligación de probar en el correspondiente proceso penal la concurrencia de los elementos del tipo en el caso concreto, con las múltiples circunstancias que podrían concurrir, no encontramos, *a priori*, dificultad en identificar la existencia de una vulneración de medidas de seguridad, de un peligro (incluso concreto) y del dolo.

2.º) Uso de drones con finalidades comerciales o privadas (lúdicas o deportivas), sobrevolando (y, en su caso, grabando imágenes o sonidos) centros militares²⁴. Al encontrarnos ante este tipo de suceso, puede resultar más complejo determinar si se ha conculcado alguna medida de seguridad, se ha producido la afección negativa al bien jurídico protegido, es decir, una situación de potencial peligrosidad, y si el dolo del sujeto activo abarca tanto los elementos objetivos como dicha idoneidad de la acción para causar una situación de peligro.

²³ Si el sujeto activo fuera militar, artículo 27 del CPM, en caso de ser civil, el delito de daños del artículo 265 del CP ordinario.

²⁴ En estos casos cabe señalar que podemos encontrarnos además con la figura del intrusismo profesional en el sector empresarial: «El intrusismo lo ejerce en mayor medida aquel que compró un RPA de tamaño medio (Phantom, Inspire, etc.) para divertirse, como *hobby*, y se ha dado cuenta de que puede sacarle unos euros haciendo trabajos, de fotografía y video principalmente, sin cumplir la normativa en cuanto a seguridad, sin titulación de piloto, sin seguro de RC y sin gastos empresariales y a unos precios irrisorios; a este grupo de intrusos el sector puede combatirlo con calidad en los trabajos, profesionalidad en el servicio, seriedad, etc.». «El intrusismo en el mundo dron» [en línea]. *Dronopedia blog*. Disponible en: <http://www.dronepedia.es/blog/el-intrusismo-en-el-sector-dron>. [Fecha de consulta: 21 de noviembre de 2016]. Ello puede resultar relevante a la hora de abordar sucesos concretos en los que nos encontramos con drones de capacidades importantes, utilizados sin la formación adecuada, incrementando la peligrosidad potencial del sobrevuelo.

Adentrémonos pues en el análisis de este último tipo de acciones por parte de civiles y su repercusión penal militar.

Partimos de que la actividad que está desarrollando el sujeto activo es el sobrevuelo de un mini-UAV, pero dicho sobrevuelo se puede producir sobre las dependencias militares por diversas circunstancias:

a) Sobrevuelo intencionado, por motivos que pueden abarcar desde la mera curiosidad al ánimo de lucro (mediante la venta posterior de imágenes captadas, por ejemplo). ¿Este tipo de acción vulnera la seguridad y es potencialmente peligrosa? Para determinarlo será necesario tomar en consideración cuestiones como el modelo de dron, sus capacidades de grabación e interacción con los sistemas de seguridad y funcionamiento de la instalación, etc., y para ello será necesario llevar a cabo el correspondiente peritaje. Si el suceso concreto o el aparato en cuestión no pueden ser considerados de ningún modo una potencial peligrosidad para la defensa nacional, no sería posible su subsunción en el tipo del artículo 29. En caso de que efectivamente la acción haya supuesto un peligro potencial (no necesariamente efectivo o real), resulta más fácil determinar que el dolo abarcaba no solo la acción en sí misma, sino la posibilidad de que el uso del dron pudiese implicar dicha peligrosidad, dadas sus características y el tipo de vuelo desarrollado, y teniendo también en cuenta las características del centro militar, ya que, dependiendo de su funcionalidad y medidas de seguridad concretas, el sobrevuelo del dron podría suponer una mayor o menor peligrosidad potencial para la defensa nacional.

b) Sobrevuelo no específicamente intencionado de centros militares en el desarrollo de una actividad lúdica o deportiva. Al igual que en el anterior supuesto, la potencial peligrosidad de ese sobrevuelo habrá que determinarla en función del suceso concreto, el tipo de aparato y su capacidad de interacción específica con las medidas de seguridad de la instalación. Determinado eso, sin embargo, y suponiendo que efectivamente se hubiese producido una situación de peligrosidad, la cuestión fundamental a determinar se encontrará en la intencionalidad del autor, en el dolo.

Para analizar este último tipo de sucesos, vamos a exponer un caso real²⁵: El sujeto activo, civil, está volando un dron por una zona de destacada altitud en Palma de Mallorca, zona en la que se encuentra ubicado un Escuadrón de Vigilancia Aérea (EVA).

²⁵ Diligencias Previas, n.º 33-2-16, JUTORER 33, Baleares.

Con conocimiento de esa circunstancia, dado que las señalizaciones del centro militar son evidentes (extremo que en todo caso es constatado en la toma de declaración), el sujeto continúa manejando el dron por la zona y sobre la instalación. El aparato, por fallo del sistema, cae dentro de la instalación militar y el sujeto informa de dicha circunstancia al control del acuartelamiento y solicita la devolución del dron, indicando desde fuera de la dependencia el punto de caída. En principio, no es posible determinar si efectivamente se ha producido una vulneración de medidas de seguridad, si ha habido una potencial peligrosidad para las instalaciones y la defensa nacional, ni las intenciones del sujeto activo. Se procede por tanto a la apertura de diligencias previas para determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, procediéndose al peritaje del aparato, por expertos de las Fuerzas Armadas. De dicho peritaje se deduce que esa afección negativa a la defensa nacional no se ha producido, debido a las características del aparato, su tipo de sobrevuelo y la zona específica de caída, y a la propia constatación por parte de los encargados de seguridad de no existencia de ningún tipo de peligro potencial ni real de interferencia con los sistemas ni de daños de ningún tipo. Se procede al archivo del caso, sin perjuicio de acordarse en el auto de archivo la remisión de testimonio del mismo a la AESA, para posibles fines sancionadores por contravención de la normativa referenciada anteriormente.

Ahora bien, este suceso real podría haberse producido con cierta variación en sus elementos, ejercicio de planteamiento hipotético que nos permite profundizar en la comisión de este tipo penal mediante el uso de esta tecnología: En primer lugar, la acción de sobrevuelo, bien por las características del dron, bien por las imágenes grabadas o por ambas cosas, podría haber supuesto una lesión del bien jurídico protegido, es decir, podría haber supuesto un peligro potencial para la defensa nacional, más teniendo en cuenta que la instalación militar era un EVA. Si la afección negativa al bien jurídico hubiese existido, habría sido necesario determinar el dolo del autor. ¿Abarcaba su conocimiento y voluntad de sobrevolar una dependencia militar el conocimiento de las posibles afecciones a la seguridad de dicha instalación y la defensa nacional? ¿Se vería desmentida dicha presunción por el hecho de que sea el propio sujeto activo el que se acerque a pedir el aparato, relegando lo acontecido a un mero accidente fortuito irrelevante? Coincidimos en la conclusión sobre este tema que realiza Pérez Esteban²⁶: «el conocimiento de la no idoneidad de la acción para general la situación

²⁶ *Op. cit.*, p. 188.

de peligrosidad para el bien jurídico, excluiría, en todo caso, el dolo del autor».

Por tanto, si el sujeto activo hubiese asumido que existe un riesgo en el uso del aparato, si hay conciencia de ese potencial riesgo, su comportamiento habría sido doloso. Si, por el contrario, por las características concretas del aparato, la acción, el lugar, etc., tiene conocimiento de la no idoneidad de sus actos para generar peligro alguno, ni vulnerar medida de seguridad alguna, quedaría excluido el dolo, en cuyo caso podríamos estar en presencia de un delito imprudente²⁷, si bien dado que dicha modalidad de comisión, como hemos señalado anteriormente, no está específicamente contemplada en relación con el artículo 29, no cabría la inculpación.

Por supuesto, ello no implica que la mera afirmación, derivada de consideraciones puramente subjetivas que otorgan poco valor a la delimitación, interés o valor de zonas militares, de que no se creía estar ejecutando una acción peligrosa sirva sin más para fundamentar la falta de dolo, ya que, en principio, la acción concreta de uso de drones puede entrañar un potencial peligro para las personas o instalaciones que son sobrevoladas, así como una interacción negativa con sistemas electrónicos de seguridad, cuestiones de general conocimiento, y de las que derivan las medidas, regulaciones y prácticas de buen uso establecidas sobre su empleo y que todo usuario tiene la obligación de conocer. Será el juzgador quien deba inferir el dolo de los datos acreditados.

En definitiva, este nuevo avance tecnológico, que sigue desarrollándose, proporciona múltiples posibilidades de uso público, militar, comercial, de investigación, deportivo, lúdico, etc., pero también puede generar situaciones de peligro potencial para las dependencias militares, en función de las capacidades de los drones, las características de la dependencia y sus medidas de seguridad, la intencionalidad del sujeto, etc. Será necesario analizar dichas cuestiones a la hora de otorgar relevancia penal militar a estos sucesos y conductas que podrían ser cada vez más numerosos.

BIBLIOGRAFÍA

ARTÍCULOS, CAPÍTULOS DE LIBROS, INFORMES, ESTUDIOS:
ACED FÉLEZ, E. «Drones, una nueva era de la vigilancia y la privacidad» [en línea]. *Revista Red Seguridad* 2013, n.º 52, marzo.

²⁷ Existiría culpa si el sujeto, por falta de diligencia, no se representa la peligrosidad, o actúa confiado en que por las circunstancias cuyo control mantiene, la podrá evitar, siendo esa confianza infundada.

- Disponible en: <http://www.redseguridad.com/opinion/articulos/drones-una-nueva-era-de-la-vigilancia-y-de-la-privacidad> [Fecha de consulta: 17 de noviembre de 2016].
- Borrador de Estudio sobre actuación en casos de intrusismo en CMT.* Inspección General del Ejército, Unidad de estudios, Septiembre 2016.
- COMUNIDAD DE MADRID. *Los drones y sus aplicaciones a la ingeniería civil.* Madrid: Consejería de Economía y Hacienda, Comunidad de Madrid 2015.
- DE ALVEAR TRENOR, I. «Algunos retos del derecho en relación con la regulación de la operación civil y militar de drones y RPA». DE TOMÁS MORALES S. (dir). *Retos del Derecho ante las nuevas amenazas.* Madrid: Dykinson 2015, pp. 125-136.
- Dronopedia blog. *El intrusismo en el sector dron* [en línea]. Disponible en: <http://www.dronopedia.es/blog/el-intrusismo-en-el-sector-dron> [Fecha de consulta: 21 de noviembre de 2016].
- OACI. Circular 328, AN 90/2011 [en línea]. Disponible en: http://www.icao.int/Meetings/UAS/Documents/Circular%20328_en.pdf [Fecha de consulta: 8 de noviembre de 2016].
- PAULNER CHULVI, C. «El uso emergente de drones civiles en España. Estatuto jurídico e impacto en el derecho a la protección de datos». UNED: *Revista de Derecho Político* 2016, n.º 95, enero-Abril, pp. 83-116.
- PÉREZ ESTEBAN, F. «La naturaleza de los delitos de allanamiento de bases, acuartelamientos y vulneración de sus medidas de seguridad». *Revista Española de Derecho Militar* 2001, n.º 77, Enero-junio, pp. 177-191.
- Strategic Defence. *The Market 2013-2023 Global UAV* [en línea]. Disponible en: <http://www.strategicdefenceintelligence.com> [Fecha de consulta: 15 de noviembre de 2016].

JURISPRUDENCIA

- STS (Sala Quinta) 8630/1993, de 13 de diciembre de 1993.
STS (Sala Quinta) 2597/1995, de 8 de mayo de 1995.
STS (Sala Quinta) 8658/2000, de 27 de noviembre de 2000.
STS (Sala Quinta) 3974/2001, de 16 de mayo de 2001.
STS (Sala Quinta) 2581/2003, de 11 de abril de 2003.
STS (Sala Quinta) 3039/2016, de 20 de junio de 2016.
STS (Sala Segunda) 1709/2016 de 20 de abril de 2016.

LEGALIDAD, LEGITIMIDAD E IMPACTO HUMANITARIO DE LAS ARMAS NUCLEARES EN TÉRMINOS DE SEGURIDAD: UNA RELACIÓN CONFLICTIVA

Esteban José Hernando Zamanillo
Comandante Auditor

SUMARIO

1. Introducción: Una hipótesis y un objetivo. 2. Sobre la legalidad de las armas nucleares. 3. Sobre la imposibilidad de desarme, legitimación de las armas nucleares e impacto humanitario. 4. Conclusiones y comentario crítico.

No hay armas nucleares buenas por estar en manos de regímenes democráticos, ni armas nucleares malas por estar en manos de regímenes que no lo son.

Juan Manuel Gómez Robledo

Subsecretario de Relaciones Exteriores de México.

1. INTRODUCCIÓN: UNA HIPÓTESIS Y UN OBJETIVO

Inmediatamente después de la utilización por parte de los Estados Unidos de América del arma nuclear en las ciudades japonesas de Hiroshima y Nagasaki en 1945, comienzan ya a alzarse voces en la comunidad internacional contra su eliminación y, del mismo modo, contra la eliminación de todas las armas de destrucción masiva. Ejemplo de ello va a ser la reso-

lución de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) adoptada en su primera reunión en 1946, que contemplaba, entre otras cosas, la eliminación de las armas de destrucción masiva, incluidas las nucleares¹.

En 1965 la Comisión de Desarme de las Naciones Unidas² solicitó al Comité de Desarme de las Dieciocho Naciones (ENDC) un examen de la cuestión de la no proliferación de las armas nucleares; y, en ese mismo año la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Resolución 2028³, contraponiendo ya las obligaciones de los Estados denominados *nucleares*, hasta ahora no contemplados en el concepto, de los que no lo eran, tratando, se disponía, de buscar un equilibrio aceptable de responsabilidades y obligaciones mutuas, evitando la proliferación vertical y horizontal⁴.

La tarea no era fácil puesto que todos estos acontecimientos se producen en un clima en el que los Estados más poderosos, el *club atómico*, tenían su propia interpretación del asunto, con base en sus intereses militares, particularmente, y de prestigio internacional, en general.

Finalmente, fuera por acuerdos entre esos países o como fuera, lo cierto es que la idea de *no proliferación nuclear* comenzaba a tener una forma que redondearía en los esbozos del Tratado de No Proliferación de las Armas Nucleares (en lo sucesivo TNP) en 1965; el TNP se firmó en Londres, Moscú y Washington el 1 de julio de 1968; entró en vigor el 5 de marzo de 1970, tras ser ratificado, además de los tres depositarios, por cuarenta Estados, con una tendencia de incrementarse.

Comienza el TNP por ser desigual, al diferenciar en países nucleares de los que no lo son, y, en consecuencia, imponer en su articulado una serie de obligaciones, fundadas en una *política de compromiso*, según sean de uno u otro orden.

Las partes nucleares consienten en «no traspasar a nadie armas nucleares... directa o indirectamente» y a «no ayudar, alentar o inducir en forma alguna a ningún Estado no poseedor de armas nucleares a fabricar o adquirir dichas armas»⁵.

¹ Resolución para la creación de una comisión que se encargue de estudiar los problemas surgidos con motivo del descubrimiento de la energía atómica de 24 de enero de 1946; en el punto 5 establece que esa comisión hará especialmente proposiciones específicas: «(c) para eliminar de los armamentos nacionales las armas atómicas, así como todas las demás armas principales capaces de causar destrucción colectiva de importancia».

² Resolución Omnibus DC/225.

³ Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2028 (XX), de 19 de noviembre de 1965, sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares.

⁴ En la nomenclatura de físico indio Homi Hehangir Bhabha.

⁵ Artículo 1 TNP.

Por su parte, los Estados no nucleares tienen prohibido absolutamente la fabricación, incluso ayuda técnica, adquisición, recepción, directa o indirecta, o almacenamiento de armas nucleares⁶. Del mismo modo están sujetos a un sistema de verificación de sus actividades nucleares por el Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA), en orden a la no desviación de materiales fisionables de finalidad pacífica a otra de índole militar prohibida⁷.

En términos de *desarme nuclear*⁸, las partes «se comprometen a celebrar negociaciones de buena fe sobre medidas eficaces relativas a la cesación de la carrera de armamentos nucleares en fecha cercana y al desarme nuclear, y sobre un tratado de desarme general y completo bajo estricto y eficaz control internacional».

En una interpretación gramatical, así lo especificaron los países no nucleares, esta obligación era debida a los países nucleares. Los países nucleares que firmaron el tratado, EEUU y Rusia, se encargaron de dar una versión en sentido contrario, manifestando que el precepto no les era únicamente aplicable a ellos y además, que era difuso puesto que en ningún modo obligaba a realizar negociaciones ni concluir tratado alguno relativo al desarme en una fecha más o menos exacta. Se vuelve a poner de relevancia, nuevamente, el sentido desigual del TNP.

Lo mismo ocurre con el aspecto de las denominadas *salvaguardias nucleares* o adopción de medidas de control de la actividad que desarrollaría el OIEA; los Estados nucleares se encargaron de que tales medidas no afectaran a aquellas cuestiones que se referían a la seguridad nacional.

Resultado quizá de ello se propuso especificar en el tratado el derecho de todos los países a desarrollar actividades de investigación, producción y utilización de la energía nuclear con fines pacíficos sin discriminación⁹.

En definitiva, nos encontramos con un tratado que persigue la no proliferación de armas nucleares, adoptándose, en ese sentido, medidas distintas según sean los países nucleares o no, y dejando en la lejanía las actividades de desarme de los países nucleares.

Por si ello no fuera poco, es, cuando menos, curioso, además, lo dispuesto en el art. 10 del propio tratado que permite a los países, en ejercicio de su soberanía nacional y si concurrieran ciertos acontecimientos extraordinarios, a retirarse de este, con la obligación de comunicarlo al resto de países y al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas con una antelación

⁶ Artículo 2 TNP.

⁷ Artículo 5 del TNP.

⁸ Artículo 6 del TNP.

⁹ Artículo 4 del TNP.

de tres meses; ello hace mucho más liviana, desde nuestro punto de vista, las exigencias que puede imponer el TNP.

La desigualdad reseñada, al amparo de tanta posibilidad de interpretación de la norma internacional, parece reunir, no obstante, condiciones de legalidad, dentro de una flexibilización que en opinión de algunos analistas puede ser traducida en términos de equilibrio que redunde en seguridad; la cuestión es si esa desigualdad en la búsqueda de seguridad global es contraproducente. Es la hipótesis, y nuestro objetivo es su clarificación.

Cabe poner de manifiesto, además, que pese a la pretendida reducción de las armas nucleares, el resultado es otro; es relevante que desde los años cincuenta, el número de países con posibilidades nucleares, sin perder de vista las de los llamados *Estados umbral*, en vez de decrecer, ha aumentado, paralelamente a un desarrollo tecnológico heterogéneo, y, que, sin duda, implica cambios constantes en la perspectiva del concepto de seguridad.

Si atendemos a los documentos oficiales y estratégicos de los distintos países¹⁰, podemos observar que el tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares y el sistema de salvaguardias del OIEA, si bien han contribuido a frenar, y, en algunos casos, a invertir la propagación de la capacidad militar nuclear, no han podido impedirla por completo; lo que es más, se alerta sobre el desarrollo de programas nucleares al amparo de su realización con fines pacíficos, que pueden suponer una amenaza, si están al margen del concepto de *no proliferación*. Se advierte contra determinados países, en concreto, con potencial nuclear, como Irán, Siria o Corea del Norte y se hace especial hincapié en cuidar que los grupos terroristas puedan acceder a materiales y fuentes radioactivas.

Desde luego, esta situación de manifiesto pone en duda la efectividad del TNP, lo que trae como consecuencia, dentro de una preocupación general, si debemos de barajar otras opciones y determinar, de una vez por todas, la cuestión de la legalidad de esos medios sin excepción alguna.

Aunque parecía difícil e inviable la adopción de nuevas soluciones al conflicto como lograr la consecución de un tratado de desarme general y

¹⁰ Documento Global Risk norteamericano de 2014; los Informes Evaluación Comunidad Inteligencia Norteamericana Amenaza Mundial. Reseña del IIEEE 21 de febrero de 2014; Estrategia de Seguridad Europea de la UE contra la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva traído por la PESC y la PCSD; Medidas OTAN en la lucha contra la proliferación; Estrategia de Defensa Nacional de la Presidencia del Gobierno de España de 2013; Panorama estratégico del Ministerio de Defensa español 2014. IIEEE.

completo, recientemente el 7 de julio de 2017 se ha aprobado el Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares (en lo sucesivo TPAN).

La Conferencia de las Naciones Unidas para negociar un instrumento jurídicamente vinculante que prohíba las armas nucleares y conduzca a su total eliminación concluyó en la Asamblea General de la Organización (Nueva York) con la aprobación del Tratado de Prohibición de las Armas Nucleares, arrojando un resultado de 122 votos a favor, 1 voto en contra (Países Bajos) y 1 abstención (Singapur). El 20 de septiembre de 2017 ha quedado abierto a la firma y entrará en vigor a los noventa días de la fecha en la que se deposite el quincuagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión (artículo 17 del tratado).

El preámbulo del TPAN parte del reconocimiento del TNP como piedra angular del régimen de desarme y no proliferación nucleares, con una función vital en la promoción de la paz y seguridad internacionales a través del desarrollo del artículo 6 del propio TNP.

Sin duda, se trata de un paso más e importante en el proceso, puesto que es el único instrumento jurídico que prohíbe expresamente las armas nucleares. Sin embargo, su eficacia, como la del propio TNP, va a quedar en entredicho; ningún país nuclear ha firmado el tratado.

El artículo 1 del TPAN prohíbe de forma absoluta aquellas conductas que impliquen el uso derivado de cualquier dispositivo nuclear, incluida la permisión de emplazamiento, instalación o despliegue en el territorio de un Estado parte¹¹; además, se añade en el artículo siguiente, una obligación de declaración de existencia de esa clase de arma que tenga bajo su control o jurisdicción¹².

En aspectos de desarme, el tratado prevé la constitución de una autoridad internacional competente cuya misiva será la de verificar la eliminación de las posibles armas nucleares, con el compromiso de las partes de su inoperatividad inmediata¹³.

Todas estas circunstancias expuestas hacen que el acuerdo vaya a ser incompatible con las pretensiones disuasorias de los denominados países nucleares.

Por ello, en la perseverancia de búsqueda de nuevas alternativas, nos centraremos en buscar un camino relacionado con los aspectos humanitarios del uso del armamento nuclear y su impacto.

¹¹ Artículo 1, g) TPAN.

¹² Artículo 2.1, c) TPAN.

¹³ Artículo 4 TPAN.

2. SOBRE LA LEGALIDAD DE LAS ARMAS NUCLEARES

Schwarzeemberger se pregunta: «¿Existen reglas de derecho internacional que limiten o excluyan el empleo de todas o algunas armas nucleares, en todas o determinadas circunstancias?» (Schwarzeemberger, 1958; p. 83-118).

La respuesta, *a priori*, debe ser negativa; no existe en el derecho internacional, consuetudinario o convencional, ninguna prohibición total y universal del empleo de las armas nucleares.

Claro está, esto no resulta tan sencillo.

En mayo de 1992 diversas ONG protagonizaron una campaña contra las armas nucleares¹⁴ que provocó una avalancha de opiniones, hasta cuarenta y tres, al respecto, de los Estados ante la Corte Internacional de Justicia, principal órgano judicial de las Naciones Unidas; de estos, catorce reclamaron la ilegalidad de las armas nucleares (Cervel Hortal, 1997; p. 207).

La Organización Mundial de la Salud decidió en el año 1993, solicitar del Tribunal Internacional de Justicia¹⁵ una opinión consultiva sobre si: «A la vista de los efectos de las armas nucleares sobre la salud y el medio ambiente, ¿constituiría su utilización por un Estado en una guerra u otro conflicto armado una violación de sus obligaciones según el Derecho Internacional, incluida la constitución de la OMS?». Sin embargo, la Corte negó su competencia habida cuenta de que la cuestión no tiene que ver sobre los efectos en la salud del uso del arma nuclear, sobre la legalidad del uso de dichas armas.

El 8 de julio de 1996, el Tribunal Internacional de Justicia emitió una opinión consultiva relativa a la solicitud presentada por la Asamblea General sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares; ¿autoriza el derecho internacional en alguna circunstancia la amenaza o el empleo de armas nucleares?¹⁶; esta vez sí fue admitida por tratarse de una cuestión jurídica, aunque no desprendida totalmente de aspectos políticos¹⁷ indudablemente interrelacionados; los catorce jueces que componían la Sala examinaron el derecho convencional, las normas consuetudinarias y la prác-

¹⁴ World Court Project. Ginebra. Oficina Internacional de la Paz de Ginebra, Asociación de Médicos por la Prevención de la Guerra Nuclear y la Asociación Internacional de Juristas contra las armas nucleares.

¹⁵ Resolución 46/40 de 14 de mayo de 1993 de la OMS.

¹⁶ Resolución 48/75 K de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 15 de diciembre de 1994.

¹⁷ Párrafo 13.

tica de los Estados en relación con este tipo de armamento, llegando a la afirmación por once votos contra tres¹⁸, de que «no existe ni en el derecho internacional consuetudinario ni en el derecho internacional convencional ninguna prohibición total y universal de la amenaza o el empleo de las armas nucleares como tales», pero formulando tajantemente y de forma unánime la conclusión de que «no existe ni en el derecho internacional consuetudinario ni en el derecho internacional convencional ninguna autorización específica de la amenaza o el empleo de armas nucleares»¹⁹ y de que «es ilegal una amenaza o un empleo de la fuerza por medio de armas nucleares en contra de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas y que no cumpla los requisitos del artículo 51»²⁰; finaliza añadiendo, también de manera igualmente unánime, que:

«La amenaza o el empleo de armas nucleares debe también ser compatible con las exigencias del derecho internacional aplicable a los conflictos armados, en particular con los principios y las normas del derecho internacional humanitario, así como con las obligaciones concretas en virtud de tratados y otros compromisos que se refieren expresamente a las armas nucleares»²¹.

Esta aparente contradicción, es todavía más intensa con el párrafo final del precepto, adoptado por siete votos contra siete con voto decisivo del presidente Bedjaoui:

«De los requisitos antes mencionados se desprende que la amenaza o el empleo de armas nucleares sería, en general, contrario a las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados y, en particular, a los principios y normas de derecho humanitario. Sin embargo, habida cuenta de la situación actual del derecho internacional y de los elementos de hecho de que dispone, la Corte no puede concluir definitivamente que la amenaza o el empleo de armas nucleares fuese legal o ilegal en circunstancias extremas de legítima defensa en que estuviese en juego la supervivencia misma de un Estado»²².

Finalizándose, otra vez unánimemente, con la aseveración de que «existe la obligación de proseguir de buena fe y llevar a su conclusión las negociaciones con miras al “desarme nuclear” en todos sus aspectos bajo un control internacional estricto y efectivo»²³.

¹⁸ Párrafo 105 B.

¹⁹ Párrafo 105 A.

²⁰ Párrafo 105 C.

²¹ Párrafo 105 D.

²² Párrafo 105 E.

²³ Párrafo 105 F.

Algunos autores, como Christopher Greenwood, son de la opinión de que la pregunta, inicialmente, está mal formulada, y en vez del verbo *autoriza*, debió usar *prohíbe*; esto pudo llevar al Tribunal Internacional de Justicia a no entrar en el fondo del asunto, pero sí lo hizo, y la respuesta dada, nada contundente, permite jugar con la posibilidad de licitud o ilicitud de las armas nucleares, según los intereses de los países (Greenwood, 1997; pp. 69-80).

Un somero examen a la normativa internacional nos daría el mismo resultado que obtiene el de la Corte; la Carta de las Naciones Unidas²⁴ prohíbe la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales (artículo 2.4), con dos excepciones, la del artículo 51, relativa al uso de la fuerza en casos de legítima defensa, y la del artículo 42 que habilita al Consejo de Seguridad a ejercer las acciones necesarias para mantener o restablecer la paz.

El derecho convencional, del mismo modo, no contiene una prohibición general de las armas nucleares, limitándose a establecer unas zonas libres de las mismas²⁵ o los que tienden a restringir la proliferación, destacando, el TNP y el TPAN en los que abundaremos más adelante.

Lo mismo ocurre con el derecho consuetudinario; son muchas las voces a modo de resoluciones de distintos organismos internacionales, principalmente la Asamblea General de Naciones Unidas²⁶, que claman contra este tipo de armamento, pero, aún, con apretada votación interna, sin la suficiente fuerza para ser consideradas como una auténtica *opinio iuris*.

El derecho internacional humanitario tampoco alberga una prohibición expresa, aunque si lo hace de forma tácita, resultando ser uno de los grandes argumentos contra el empleo o amenaza de uso de las armas nucleares, por tratarse de armas que no son capaces de distinguir entre bienes civiles

²⁴ Carta de las Naciones Unidas, de 26 de junio de 1945. San Francisco (Estados Unidos).

²⁵ Tratado de la Antártida de 1 de diciembre de 1959; Tratado que Prohíbe los Ensayos Nucleares en la Atmósfera, en el Espacio Ultraterrestre y Debajo del Agua, de 5 de agosto de 1963, *Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre*, de 27 de enero de 1967, Tratado de Tlatelolco para la Proscripción de Armas Nucleares en América Latina y el Caribe de 14 de febrero de 1967, Tratado de Rarotonga sobre la Zona Desnuclearizada del Pacífico Sur de 6 de agosto de 1985, Tratado sobre Zona Libre de Armas Nucleares en Asia Sudoriental de 15 diciembre de 1995 o el Tratado sobre el Establecimiento de una Zona Libre de Armas Nucleares en África de 11 de abril de 1996.

²⁶ Resolución 1653 (XVI), de 14 noviembre de 1961, *Armas Nucleares Como Medio Inadmisible de Hacer la Guerra*²⁷.

y objetivos militares²⁷, ser susceptibles de causar daños superfluos²⁸, o, vulnerar la llamada cláusula Martens²⁹.

El Tribunal Internacional de Justicia en su dictamen de julio de 1996 deja claro de forma diáfana que el derecho humanitario es aplicable a las armas nucleares, por tener como objetivo la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, prohibiendo su empleo por la incapacidad de distinguir entre combatientes y no combatientes³⁰. Se supera, así, los problemas derivados de la llamada cláusula nuclear impuesta por determinados países nucleares y sus aliados, en virtud de la cual las normas contenidas en el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1977, básicamente, no eran de aplicación a las armas de esta índole.

Rodríguez Villasante reseña de forma muy especial la incidencia en el aspecto de la protección de la población civil que preconiza el artículo 51 del PAI. Alude a un importante trabajo de Horts Fischer³¹, en que se concluye que las armas nucleares deben de resultar prohibidas en el marco del derecho internacional humanitario debido a sus excesivos efectos para la población civil, bien sea como medio de combate o a modo de represalias (Rodríguez-Villasante, 2017; pp. 439-458).

Sin perjuicio de lo expuesto, creemos que el Tribunal Internacional de Justicia perdió una oportunidad única de pronunciarse al respecto y quizá de sentar las bases de ese tan reclamado convenio global de prohibición definitiva de las armas nucleares.

Posiblemente, incurre la Corte en un *non liquet*, consciente, porque si bien examina el derecho aplicable *ura novit curia*, permite una serie de contradicciones peligrosas declarando, por un lado, ilegal el uso de las armas nucleares, reconociendo que su uso o amenaza de empleo, a modo disuasorio, ni está permitido ni prohibido y que, en cualquier caso, se va a poder recurrir a él en el caso de legítima defensa, si está en juego la su-

²⁷ Artículo 48 del Protocolo Adicional I 1977.

²⁸ Artículo 23 e del Reglamento anexo a la IV Convención de La Haya de 1907; en relación con el artículo 35.1 del Protocolo Adicional I de 1977, sobre el Derecho de las Partes a Elegir sus Métodos de Guerra.

²⁹ Artículo 1 del Protocolo Adicional I de 1977: «En los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del Derecho de gentes derivad de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública».

³⁰ Párrafos 78, 80 y 81.

³¹ *La utilización de las armas nucleares según el artículo 51 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949. El Derecho Internacional entre las medidas humanitarias y las necesidades político-militares.* Fischer, Horts.

pervivencia de un Estado, pero poniendo en entredicho la de la humanidad completa.

Entiende, además, que, en caso de su empleo, hay una sujeción al derecho humanitario; no obstante, al tratarse de un arma prohibida en los conflictos armados, a nuestro entender, supedita el *ius in bello* al *ius ad bellum*, de forma peligrosa.

Por lo que respecta al *Tratado de no proliferación de las armas nucleares y las garantías de seguridad negativas y positivas*, la Comunidad Internacional acepta la amenaza o el empleo de armas nucleares en determinadas circunstancias, siguiendo el discurso anterior.

Se reconocen dos grupos de Estados: los cinco Estados poseedores de armas nucleares y los Estados no poseedores de estas.

Como la propia conclusión del Tribunal Internacional de Justicia, el TNP suscita muchas cuestiones jurídicas. En este se legitima la circunstancia de que algunos países tengan armamento nuclear, y otros no, lo que, desde luego, puede ser discriminatorio e irritante para estos habida cuenta de que, en consideración con lo dispuesto en la opinión consultiva, los poseedores, en caso de que concurren supuestos de legítima defensa para sus intereses como Estados, puedan hacer uso de ella, en un absoluto *aparheid nuclear*.

El tratado impone a los Estados nucleares no traspasar a nadie armas de este tipo ni control sobre ellas, directa o indirectamente, y no ayudar, alentar o incluir a un Estado no nuclear a fabricar o adquirir armas nucleares o el control sobre estas³². Los países sin ese potencial se obligan a no recibir de nadie ningún traspaso de armas nucleares ni el control sobre ellas, sea directa o indirectamente y a no recibir ayuda para su fabricación³³; además, se comprometen a aceptar las salvaguardias estipuladas con el OIEA³⁴. Se trata de impedir una proliferación horizontal; más que prohibir la proliferación de las armas nucleares, se prohíbe la proliferación de los Estados poseedores de armas nucleares.

Analíticamente, se deduce la existencia de un repertorio distinto de obligaciones según los países y su potencial nuclear, que redundan en desequilibrio.

Lo cierto es que los países nucleares nunca han tendido a renunciar al armamento nuclear, en contraposición a la postura de los no nucleares que pretenden su objetivo final de desarme.

³² Artículo 1 TNP.

³³ Artículo 2 TNP.

³⁴ Artículo 3 TNP.

El Tribunal Internacional de Justicia también se pronuncia sobre la reiterada utilización por los países con capacidad nuclear de la denominada *política de disuasión*, y aun reconociendo que esta práctica resulta sin duda más efectiva que el uso propio del arma, en cualquier caso, es contraria a los principios de necesidad y proporcionalidad reconocidos por el derecho internacional.

El TPAN es un avance en el marco de las prohibiciones del arma nuclear; hasta su aprobación el 7 de julio de 2017 no había existido en derecho internacional una afirmación tan rotunda en ese sentido, que contrasta con la parquedad, al respecto, del Tribunal Internacional de Justicia, y así lo expresa el preámbulo del texto normativo: «Cualquier uso de armas nucleares sería contrario a las normas del Derecho Internacional aplicables en los conflictos armados». Esta es la esencia del tratado, siendo una obligación jurídicamente vinculante para los Estados firmantes, aunque su eficacia queda en peligro por la no participación en el mismo de los países llamados nucleares.

3. SOBRE LA IMPOSIBILIDAD DE DESARME, LEGITIMIDAD DE LAS ARMAS NUCLEARES E IMPACTO HUMANITARIO

De acuerdo con lo anteriormente dicho, parece lejana la idea de conseguir, ya no la prohibición absoluta de las armas nucleares objetivo que persigue el TPAN sin participación de los países que posean esa clase de armamento, sino su reducción efectiva³⁵ y un desarme definitivo; no existe consenso político para su logro, haciendo imposible alcanzar acuerdos en ese sentido, abriéndose puertas a los convenios políticos de control de exportaciones y del propio Consejo de Seguridad en estos aspectos; desde que se prorrogó de manera indefinida el TNP, en 1995, se abandonó ese objetivo muy a largo plazo, a la vista de avances reales en esta materia, lo que posibilita un posible desvío de tecnología nuclear y de que esta pueda caer en manos equivocadas.

Las perspectivas atinentes al desarme nuclear, no son, en modo alguno, halagüeñas, con muy pocas posibilidades de avance, pese a conseguir una *proliferación controlada*, con tan *solo* ocho o nueve países con potencial

³⁵ Los Tratados de Reducción de Armas Nucleares Estratégicas, denominados START (I, de 31 de julio de 1991; II, de 3 de enero de 1993, y START II,I de 8 de abril de 2010), han tenido poco éxito.

nuclear³⁶; los primeros problemas nos los encontramos ya en la Conferencia de Examen del TNP³⁷, en la que se realizaron distintos actos preparatorios que no llegaron a buen término; por otro lado, el Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares³⁸ no ha entrado aún en vigor.

Otro problema con el que nos encontramos es que existen en el articulado del propio TNP medidas útiles que no han sido desarrolladas debidamente, ante la falta de compromiso de los Estados.

En el mismo sentido dispuesto en el artículo 6 del TNP, se pronuncia el Tribunal Internacional de Justicia de las Naciones Unidas, haciéndolo por unanimidad³⁹, y decía que «Existe la obligación de proseguir de buena fe y llevar a su conclusión las negociaciones con miras al “desarme nuclear” en todos sus aspectos bajo un control internacional estricto y efectivo».

La ambigüedad de este precepto producía, no podía ser de otra manera, fricción entre las potencias no nucleares y los países de carácter nuclear; para los primeros, esta obligación se imponía para los Estados nucleares; sin embargo los segundos interpretaban que no era de su exclusividad, y que, además era muy ambiguo, en cuanto que no determinaba la forma de hacerlo, salvo con *buena fe*, ni un período de tiempo concreto; la Corte se manifestó al respecto, sin haber sido requerida para ello de la manera expuesta, abogando por el desarme nuclear en todos sus aspectos, en un espaldarazo completo a la interpretación que daban los países no nucleares, resultando que no existe por parte de las potencias nucleares ninguna intención de renunciar a ellas a corto plazo, aprovechándose de su efecto fundamentalmente disuasorio⁴⁰, ni que su uso, llegado el caso de la legítima defensa, se ampare bajo el paraguas de la buena fe, con el consiguiente deterioro de la seguridad internacional.

Cierto es que la firma del TPAN ha tenido como principal objetivo el de hacer efectivo el artículo 6 del TNP, pero, como hemos podido apreciar, sin mucho éxito ante las reticencias hacia ello de los países de carácter nuclear.

Todo lo expuesto nos lleva a considerar la idea de la deslegitimación del armamento nuclear.

³⁶ *Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos. Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las Amenazas, Desafíos y el Cambio*. DOC A/59/565, de 2 de diciembre de 2004.

³⁷ Nueva York, 2 al 27 de mayo de 2004.

³⁸ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de septiembre de 1996.

³⁹ Párrafo 105 F.

⁴⁰ Concepto estratégico de la OTAN, Lisboa (Portugal), 19 de noviembre de 2010, ratificado por la organización en la Cumbre de Varsovia (Polonia) de los días 8 y 9 de julio de 2016, en la que deja claro que mientras haya armas nucleares, la OTAN será una organización con capacidad nuclear.

Y la forma de hacerlo sería la de la implementación del artículo señalado, teniendo en cuenta una dimensión humanitaria del problema; considerar el impacto humanitario del posible uso de las armas nucleares que conllevaría unas «catastróficas consecuencias humanitarias» y un el «incalculable sufrimiento humano»,⁴¹ y que sirva para su estigmatización definitiva.

Ya el día 21 de octubre de 2013, en esa misma consideración, el embajador para el desarme de Nueva Zelanda, H. E. Dell Higgie, en nombre de otros 155 Estados, hizo notar, ante las Naciones Unidas, que las catastróficas consecuencias de las armas nucleares deben de servir de acicate para el completo desarme⁴².

Debemos, a mayor abundamiento y en ese mismo orden de cosas, reforzar el papel del TNP, cuya falta de concreción y progreso redundan en falta de credibilidad y sostenibilidad suficiente; nuestro compromiso es hacerlo más general, si cabe, asegurando la aplicación equilibrada de todos y cada uno de sus tres pilares, a saber, la no proliferación, el desarme y la utilización pacífica de la energía nuclear, que ya se protege sin desarrollo real mediante el sistema de salvaguardias previstas en el artículo 3 del TPN, como derecho inalienable de los Estados a desarrollar la investigación y producción sin ningún género de discriminación, facilitándose, a tal efecto la tecnología necesaria; para ello, se antoja fundamental conseguir reducir el papel de las armas nucleares en las estrategias de seguridad y las armas en sí mismas, alimentados por recortes económicos presupuestarios, adoptar mayores medidas de transparencia, acelerar la entrada en vigor del Tratado para la Prohibición Completa de Ensayos Nucleares, establecer la necesidad de un tratado para la prohibición de material fisible para armas nucleares, y generalizar la extensión del TPN.

Hasta la fecha se han celebrado tres conferencias internacionales relativas al impacto humanitario de las armas nucleares, la de Oslo (Noruega) los días 4 y 5 de marzo de 2013; la de Nayarit (Nuevo Vallarta, México), en fechas 13 y 14 de febrero de 2014; y una tercera que tuvo lugar en Viena los días 8 y 9 de diciembre de 2014.

La primera concluyó con las máximas de que no es muy probable que un agente internacional pueda hacer frente a la emergencia humanitaria que se deriva de un evento nuclear y a la atención de los afectados, por los devastadores efectos en los Estados y en las personas.

⁴¹ Reuniones del Consejo de Delegados de Sidney (Australia) de 2013 y Turquía de 2017.

⁴² Intervención del embajador Dell Higgie el 21 de octubre de 2013. UNGA 68: Primer Comité sobre las Consecuencias Humanitarias de las Armas Nucleares.

La de México continuó profundizando sobre las consecuencias en ámbitos como la salud, el medio ambiente, el cambio climático, la seguridad alimentaria, los desplazamientos de poblaciones o el desarrollo, para el caso de una crisis nuclear. Llamó a iniciar un proceso diplomático que derive en un verdadero compromiso de los Estados hacia la realidad del desarme nuclear.

La Conferencia de Viena de 2014 partió de la base del inaceptable daño que tendrían que soportar las víctimas de explosiones y ensayos nucleares⁴³, en un aspecto moral y ético de la cuestión, concluyendo que la única forma de evitarlo sería el de la eliminación de ese tipo de armamento, desde el punto de vista de la legalidad.

En su seno destaca la intervención de Nueva Zelanda que reclama intensamente la prohibición de pruebas nucleares en su zona de influencia debido a los efectos nocivos de las mismas, y reclama, tras haberse presentado en la reunión una exposición, *a vista de pájaro*, de las normas internacionales aplicables al problema, sobre todo humanitarias, medio ambientales y de salud, la abolición de este armamento; se esfuerza en recordar los resultados de la opinión consultiva del Tribunal Internacional de Justicia en 1996 y, en un objetivo de seguridad general, que ya venía manteniendo⁴⁴, aboga por hacer efectivas las medidas que refiere el artículo 6 del TNP.

De la misma forma, Australia realizó una intervención digna de tener en cuenta; nuevamente le correspondió al embajador para el desarme, Dell Higgie y, considerando el impacto humanitario, deseaba que se concretasen, al más alto nivel político, unos prácticos y sostenidos esfuerzos, para implementar el artículo 6 del TNP, de acuerdo con el plan de acción que, a tal efecto se adoptó en la conferencia de revisión del Convenio en 2010; ello debe de pasar por un efectivo control de armamentos y una transparencia de la gestión de los países en estos aspectos, para traducirse definitivamente en la revisión del tratado en 2015.

Efectivamente, en la Conferencia de Revisión del Tratado de No Proliferación de Armas Nucleares de 2010, se adoptó un plan de acción que tuvo en cuenta los principios y objetivos de 1995, la resolución sobre Oriente Medio de ese mismo año y los trece pasos prácticos de la conferencia de revisión del año 2000 y que no habían sido implementados; en su seno se

⁴³ Intervenciones de distintos supervivientes nucleares como la australiana Sue Coleman-Haseldine o la japonesa Setsuko Thurlow.

⁴⁴ El representante legal de Nueva Zelanda en 1995, Hon Paul East QC, ante la Corte Internacional de Justicia se pronunció en el sentido de que si alguna vez se empleasen las armas nucleares, devendría la destrucción, no la seguridad internacional.

concluyeron sesenta y cuatro acciones, para ser especificadas *paso a paso*, veintidós de las cuales se refieren al desarme, veintitrés a la no proliferación y dieciocho a la energía nuclear, que tampoco ha conseguido el efecto de su desarrollo.

Igualmente, entre los días 28 de abril y 9 de mayo de 2014, los Estados que son parte en el TNP se reunieron en Nueva York, constituyendo el Comité Preparatorio dirigido a la tercera y última Conferencia de Revisión del acuerdo que ha tenido lugar en 2017, con la esperanza de que, por fin, se produjese el completo desarrollo de su articulado, especialmente de la implementación de ese artículo 6, que ya se preveía en la acción 20 del anterior plan de acción. Y así, desde la dimensión humanitaria, se obtengan políticas y legales respuestas, que puede otorgar ese precepto.

La culminación de ese proceso relativo al impacto humanitario del arma nuclear iniciado por Oslo, Nayarit y Viena ha sido el Tratado para la Prohibición de Armas Nucleares concluido el 7 de julio en Nueva York. Su preámbulo es insistente en la preocupación por la crisis humanitaria y medioambiental que pudiera provocar el empleo de armas de este tipo; el articulado se hace eco del mismo discurso mediante el establecimiento de un sistema de salvaguardias a tal efecto⁴⁵ y un dispositivo de asistencia y compensación a las víctimas de su uso o ensayo⁴⁶.

Sin embargo, el éxito de este, aún no en vigor, está resultando parcial habida cuenta de la inexistente participación del bloque nuclear que hace que la amenaza nuclear se mantenga, sin posibilidad abierta a la renuncia de su uso si fuese necesario y mucho menos a lograr negociaciones y consensos en ese sentido.

4. CONCLUSIONES Y COMENTARIO CRÍTICO

Desde 1968, cuando se iniciaron los trámites de firma del Tratado de No Proliferación de las Armas Nucleares, el mundo se dividió en dos tipos de países, los nucleares y los no nucleares, y, desde esa perspectiva se estableció un modelo discriminatorio entre las obligaciones de los Estados parte. El TNP se perfiló en ese contexto, determinándose que no existirían otros Estados que tuviesen potencial militar salvo los que ya lo eran. Además, se incluyeron compromisos relativos a esa actividad, denominados

⁴⁵ Artículo 3 TPAN.

⁴⁶ Artículos 6 y 7 TPAN.

los tres pilares del tratado: la no proliferación, el desarme y la utilización pacífica de la energía nuclear.

Esos esfuerzos que, efectivamente, se han desarrollado en el tiempo⁴⁷, han ido encaminados a la restricción de la no proliferación horizontal, en modo alguno hacia la vertical, con fracasos constantes en los intentos, de tal manera que los Estados con potencial militar nuclear han continuado con su desarrollo cualitativo sin más limitaciones que las impuestas por los medios económicos o tecnológicos.

Constantemente los países poderosos, nuclearmente hablando, e incluso organizaciones de carácter militar como la OTAN, se han reservado el derecho a responder con una fuerza abrumadora al uso de las armas de destrucción masiva contra ellos y sus aliados⁴⁸.

La situación es preocupante; se avanza en la no proliferación, quizá, pero no existe un compromiso real y concreto en materia de desarme nuclear, lo que pondrá en graves aprietos a la seguridad colectiva.

La decisión de los llamados países nucleares de no renunciar al armamento nuclear que poseen, en virtud del derecho a defenderse de las amenazas, pretendiendo un equilibrio mundial, provoca, justamente, lo contrario; se niega a los demás Estados ese derecho, que culminará, sin duda, en alcanzar definitivamente ese potencial de amenaza de la seguridad mundial.

Las oportunidades históricas, como la que tuvo el Tribunal Internacional de Justicia de las Naciones Unidas en 1996, para apostillar sobre los intereses generales de la comunidad internacional, en términos de seguridad, no se pueden dejar pasar; es cierto que el tema es delicado y que hay que jugar con distintos elementos, pero se trata de dar continuos pasos en pos del desarme definitivo.

Únicamente se pronunció⁴⁹, sin propósitos reales de acción, dejando abierta la posibilidad, sobre la obligación de proseguir de buena fe y llevar a su conclusión las negociaciones con miras al desarme nuclear, en todos sus aspectos bajo un control internacional estricto y efectivo; tal y como hacía el TNP⁵⁰, alentando a las partes a celebrar negociaciones de buena

⁴⁷ II Cumbre Mundial de Seguridad Nuclear en Seúl (Corea del Sur), 2010. Compromiso de reducción de las reservas de uranio enriquecido antes de 2014. *Revista Española de Defensa* 2014.

⁴⁸ Informe confidencial del presidente George Bush el 14 de septiembre de 2002; Manifestaciones de Barak Obama el 7 de abril de 2010. *Diario ABC* de la fecha; Dusch, Juan Pablo. «Optimismo de Putin para renovar el arsenal nuclear ruso». *La Jornada*, 18 de noviembre de 2004.

⁴⁹ Párrafo 105 F.

⁵⁰ Artículo 6 TNP.

fe sobre medidas eficaces contra la no proliferación y el desarme nuclear, y sobre un tratado de desarme general y completo bajo estricto y eficaz control internacional.

En el seno de la opinión, hubo voces en contra de la postura general de la Corte, como la del vicepresidente Schwebel⁵¹ del Tribunal, que considera la posición de los países nucleares de privilegio; algunos otros magistrados, como Weeramantry, van incluso más allá, y es muy explícito al exponer que «no puede haber un derecho para los poderosos y otro para los demás. Ningún ordenamiento interno aceptaría un principio de esta índole y menos puede hacerlo un sistema internacional basado en la igualdad».⁵² De la misma forma se expresa el magistrado Shahabuddeen, señalando que «resulta difícil comprender como lo que es inalienable para algunos Estados es alienable para otros»⁵³.

La desigualdad y la discriminación vertidas en los instrumentos normativos internacionales de lucha contra la no proliferación, especialmente el TNP, apoyada en una flexibilidad provocada por la propia norma, no es la mejor respuesta; ello permite a los países potencialmente más fuertes actuar con contundencia contra cualquier amenaza contra su integridad y lo hacen, impunemente, y bajo el argumento de la legítima defensa, con la amenaza de uso de armas nucleares.

El TNP que debía ser el eje del mecanismo de la no proliferación, apoyado en el sistema de salvaguardias del Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA), meramente, ha conseguido un propósito de control o incluso de retraso, pero no de cese efectivo; quizá este paso era necesario, transitoriamente, hacia un desarme nuclear completo que no ha tenido lugar.

Las potencias nucleares no han resultado comprometidas con las responsabilidades exigidas, ni han renunciado a la doble política ni se han sometido a los controles de salvaguardias voluntarias del OIEA, lo que también redundaría en la reducción de desconfianza para los no nucleares.

Se produce, además, ya lo decíamos, un cambio en los aspectos de seguridad internacional, surgiendo nuevas potencias nucleares que romperán el equilibrio, dirigido hacia una inestabilidad cada vez mayor, con el consiguiente riesgo de que los países proliferantes y las organizaciones de carácter terrorista accedan a esa tecnología.

⁵¹ Ver su opinión disidente.

⁵² Apartado 4 de la parte V de su opinión disidente.

⁵³ Parte V de su opinión disidente.

La incoherencia es palmaria y, además de lo expuesto, el TNP permite en su artículo 10 la posibilidad de que cada Estado parte en el tratado pueda retirarse de este, en ejercicio del principio de soberanía, y por acontecimientos extraordinarios, con la sola obligación de notificarlo al resto de partes y al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

Reclamaba el propio TNP la adopción de un tratado de desarme general y completo bajo estricto y eficaz control internacional con el beneplácito de la Asamblea General de las Naciones Unidas, o, al menos que este sea de alcance universal⁵⁴, con el compromiso de proyección gradual de un sistema de salvaguardias general y de lograr un sistema normativo efectivo. En esa dinámica, el 7 de julio de 2017 se aprobó el TPAN.

El nuevo tratado, sin haber entrado en vigor, se ha configurado en el esquema del cumplimiento de esos objetivos, lastrado por que los Estados nucleares no toman ni van a tomar parte en él y obligando a la Comunidad Internacional a descuidar el régimen de no proliferación y de desarme planteado que redundará en un descrédito sobre la lucha planteada.

El desarme total es ilusorio, por el momento; como dice Georg Schwarzenberger, la constatación de un tratado efectivo que ponga fuera de la ley a toda la *familia* de armas nucleares sería grotescamente incongruente frente al reto, abogando por otro que estableciese un monopolio de la energía nuclear en manos de una autoridad atómica mundial, en aras de evitar un *armageddon nuclear* o vivir bajo el miedo a la coextirminación que avanzaría poco a poco (Schwarzenberger, 1958; p. 83-118).

Del mismo modo, queda abierta la puerta de la exploración de nuevas formas o medidas que puedan prevenir una catástrofe humanitaria, apelando, nuevamente a la responsabilidad de todos los Estados en la prohibición y eliminación definitiva del armamento nuclear; suponemos que el futuro debe de tener relación con los aspectos humanitarios y la prevención del uso de ese arma, esto es, un nuevo impulso, con base en el impacto humanitario de las consecuencias que pudiera tener el empleo del arma en cuestión.

La posibilidad de hacerlo debe de ser en la insistencia de la plena aplicación del Tratado de No Proliferación de las Armas Nucleares, implementándose definitivamente su artículo 6 con la aplicación generalizada y efectiva del Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares, además de la entrada en vigor del Tratado de Prohibición Completa de Pruebas Nucleares.

⁵⁴ Declaración especial sobre el desarme nuclear. II Cumbre CELAC. La Habana, 2014.

Sería deseable que esas *efectivas medidas* para la cesación de la carrera armamentística en una pronta fecha, resulten, realmente, concretadas en una agenda de seguridad con credibilidad.

Si realizamos lo pasos señalados, la consecuencia final será la deseada y, a través de este armazón de naturaleza híbrida, conseguiremos la eficacia de un tratado que prohíba, absolutamente, el armamento nuclear, en todos los casos.

BIBLIOGRAFÍA

- Apoyar la no proliferación y el desarme nuclear. (2012). *Manual para Parlamentarios n.º 10. Unión Interparlamentaria.*
- CARTAGENA NÚÑEZ, I. El valor de un título: el Tratado de Prohibición del Arma Nuclear y su impacto en el régimen de no proliferación. *IEEE*, 2017, 1-12.
- CERVELL HORTALL, M. J. *Las armas nucleares y el Derecho Internacional (A propósito de la Opinión Consultiva del TIJ de 8 de julio de 1996)*. Universidad de Murcia: Anales del derecho 1997, n.º 15, 205-210.
- CONDORELLI, L. «La Corte Internacional de Justicia bajo el peso de las armas nucleares». *Revista Internacional de la Cruz Roja* 1997, n.º 139; enero-febrero.
- D'ESTEFANO PISANI, M. A. (2000). Sobre la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia acerca de la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares (8 de julio de 1996). *La Habana (Cuba)*.
- DAVID, E. La Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la licitud del empleo de armas nucleares. *Revista Internacional de la Cruz Roja* 1997 n.º 139; enero-febrero.
- Derecho Internacional vigente y posición relativa al empleo de armas nucleares, biológicas o químicas. (4 de marzo de 2003). *CICR-DC/JUR/MINA-DLY*.
- DONDISCH, F. D. (2014). Conferencia de seguimiento sobre el Impacto Humanitario de las Armas Nucleares. México.
- DOSWALD-BECK, L. «El Derecho Internacional Humanitario y la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares». *Revista Internacional de la Cruz Roja* 1997, n.º 139, enero-febrero.
- EYMAR, C. *De la historia y concepto del desarme*. Madrid: Ministerio de Defensa 2001.

- FUJITA, H. Sobre la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia acerca de la licitud de las armas nucleares. *Revista Internacional de la Cruz Roja* 1997, n.º 139; enero-febrero.
- GARRIDO REBOLLEDO, V. «El desarme nuclear en tres movimientos». *Tiempos de paz* 2011, n.º 100, Primavera.
- GARRIDO REBOLLEDO, V. *La no proliferación y el desarme en perspectiva histórica*. País Vasco: Universidad del País Vasco 2011, Colección de Estudios Internacionales 2 n.º 7.
- GARRIDO REBOLLEDO, V. «El control de las armas de destrucción masiva como elemento esencial de la seguridad global. Los elementos de la verificación». *XII Jornadas sobre Geopolítica y Geoestrategia. La Defensa como pilar fundamental del Estado del bienestar*. Ceuta: UNED Centro Universitario de Ceuta 2014.
- GARRIDO REBOLLEDO, V. El futuro del régimen de no proliferación nuclear: La Conferencia de Revisión del TNP de 2010. *DIALNET*.
- GREENWOOD, C. «La Opinión Consultiva sobre las armas nucleares y la contribución de la Corte Internacional de Justicia». *Revista Internacional de la Cruz Roja* 1997, n.º 139; enero-febrero.
- Greepeace, I. *Asegurando nuestra seguridad y supervivencia*. Amsterdam-Madrid 2006.
- Guía sobre la no proliferación nuclear. (Curso académico 2007-2008). *Consejo de Seguridad. Modelo EHU-MUN*.
- Hacia un mundo libre de armas nucleares*. Departamento de Estado de los Estados Unidos. Oficina de programas e información internacional 2010, vol. 15, n.º 2. EEUU: Journal USA.
- IGEA CALLEJA, C. P. «El futuro de los regímenes de no proliferación de armas de destrucción masiva. El régimen de control de las exportaciones». Madrid: Boletín económico del ICE 2001, n.º 2687.
- JORGE CHOLULA, S. «El desarme: antídoto contra la proliferación». *Comercio Exterior* 2005 vol. 55, n.º 10.
- Las armas del terror: librando al mundo de las armas nucleares, biológicas y químicas. (2008). *Comisión sobre las armas de destrucción masiva*.
- MACCORMACK, T. L. «Un non liquet con respecto a las armas nucleares». *Revista Internacional de la Cruz Roja* 1997 n.º 139, enero-febrero.
- MACNEILL, J. H. «Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia en los casos de armas nucleares». *Revista Internacional de la Cruz Roja* 1997 n.º 139, enero-febrero.

- MARTÍN CORRALES, C. *Tratado sobre la prohibición de las armas nucleares ¿avance hacia el desarme nuclear? IEEE* 2017, 1-19.
- MOHR, M. «La Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la licitud del empleo de armas nucleares». *Revista Internacional de la Cruz Roja* 1997, n.º 139, enero-febrero.
- OIEA, D. G. *Conferencia General sobre la Seguridad Física Nuclear* 2011.
- PIGRAU SOLE, A. *El empleo de armas nucleares ante el Derecho Internacional Humanitario*. Obtenido de espacioinvestiga.org.
- QUEVEDO RUIZ, J. R. «Naciones Unidas y la lucha contra la proliferación de las armas de destrucción masiva. Logros y expectativas». Ministerio de Defensa. *Naciones Unidas como principal elemento del multilateralismo del Siglo XXI*. Madrid: Ministerio de Defensa Español. Monografías del CESEDEN 2009, PP. 129-178.
- RODRIGUEZ-VILLASANTE PRIETO, J. L. «El arma nuclear y el Derecho Internacional Humanitario». *Derecho Internacional Humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch 2017, cap. 17.
- SCHWARZENBERGER, G. «La legalidad de las armas nucleares». *Separata Revista de Estudios Políticos* 1958, pp. 83-118.
- Second Conference on the Humanitarian impact of Nuclear Weapons (13-14 febrero, 2014). Nayarit (México).
- Segunda Conferencia Mundial sobre el Impacto Humanitario de las Armas Nucleares. Centro de estudios internacionales Gilberto Bosques (17 de febrero de 2014).
- TULLIU, S. Y. *En buenos términos con la Seguridad. Diccionario sobre control de armamentos, desarme y fomento de la confianza*. Ginebra: UNIDIR, Instituto de las Naciones Unidas para la Investigación del Desarme 2003.

LAS INFRACCIONES CONTRA LA HACIENDA MILITAR EN EL DERECHO COMPARADO

José Antonio Rodríguez Santisteban
Capitán auditor
Doctor en Derecho
Diplomado en Derecho Penal Militar

SUMARIO

1. Análisis de la legislación extranjera, 1.1. Sistema tradicional o integral, 1.1.1. Modalidades del sistema integral en América, 1.1.1.1. Chile, 1.1.1.2. Colombia, 1.1.1.3. México, 1.1.1.4. Perú, 1.1.2. Particularidades del sistema integral en Europa, 1.1.2.1. Francia, 1.1.2.2. Portugal, 1.1.3. El sistema tradicional en África, 1.1.3.1. Mali, 1.1.3.2. Marruecos, 1.2. Sistema de código penal autónomo, 1.2.1. Caracteres del sistema de CPM en América, 1.2.1.1. Brasil, 1.2.1.2. Paraguay, 1.2.2. Modalidades de CPM en zona europea, 1.2.2.1. Alemania, 1.2.2.2. Bélgica, 1.2.2.3. Holanda, 1.2.2.4. Italia, 1.2.2.5. Suiza, 1.2.3. Particularidades de CPM en la región africana: El Congo, 1.3. Sistema de código único o común, 1.3.1. Argentina, 1.3.2. Rusia, 1.4. Familia anglosajona, 1.4.1. Región de América, 1.4.1.1. Canadá, 1.4.1.2. Estados Unidos, 1.4.2. Región Asiática: El caso de India, 1.4.3. Región europea, 1.4.3.1. Irlanda, 1.4.3.2. Reino Unido, 2. Caracteres globales en el Derecho comparado, 2.1. Naturaleza militar o común, penal o administrativa, 2.2. Técnica legislativa, sistemática y bien jurídico protegido, 2.3. Tipos agravados y atenuados, 2.3.1. Tipos agravados, 2.3.2. Tipos atenuados, 2.4. La imprudencia y tipos imperfectos de realización, 2.5. Sanciones principales y accesorias.

1. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA

El derecho comparado es instrumento de investigación indispensable, a nivel práctico y teórico¹. Para una mejor comprensión del modelo español respecto a las infracciones contra la Hacienda en el ámbito militar, se hace preciso exponer una panorámica del derecho comparado que se recoge en los textos normativos militares de distintos países.

El régimen jurídico en el derecho comparado ofrece varias perspectivas de análisis: 1) la contextual como consecuencia de la afinidad histórica, cultural o política; 2) la estructural porque estos países son socios y aliados en diferentes organismos internacionales; 3) la operativa, ya que comparten con España diferentes misiones en materia de seguridad y defensa.

El estudio de los textos normativos penales militares de los distintos países permite extraer líneas comunes y diferencias que pueden ser útiles para conformar una visión completa de la protección de la Hacienda militar en el panorama internacional y son ilustrativas de las distintas corrientes para tipificar y sistematizar un conjunto de infracciones, dando lugar a distintas soluciones a una misma cuestión.

La complejidad del tema obliga a realizar una fase expositiva previa, para después abordar un análisis comparativo en el que se recojan las notas comunes y diferenciadas de los distintos sistemas normativos.

Además, hay que tener en cuenta la dificultad y complejidad de realizar el análisis en materia de derecho comparado castrense² y, en particular, en esta clase de infracciones (contra la hacienda o patrimonio en el ámbito militar), ya que hay infracciones que en muchos países llegan a tener una doble naturaleza, la penal y la disciplinaria.

En el análisis expositivo se ha preferido, a pesar de su complejidad, la agrupación por *familias* o sistemas. La razón se debe a que las *familias*³ en el derecho penal militar son distintas a las previstas en el derecho penal común, a pesar de compartir en casos caracteres similares. No hay que olvidar que el derecho penal militar es un derecho penal especial y

¹ RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. «El Derecho comparado como método de política criminal». Madrid: *REDEM* 1978, núm. 35, p. 13 y ss.; JESCHECK, H. «El Derecho comparado como fundamento de la reforma procesal penal». Madrid: *Revista de Derecho Público* 1975, pp. 337 y 338.

² MESA ANGOSTO, C. «La justicia militar en el Derecho comparado. El delito de función en el sistema interamericano de Derecho Humanos y la Organización de la Jurisdicción Militar en América y Europa». Perú: *El Jurista del Fuero Militar Policial* 2012, núm. 1, pp. 17 y ss.

³ La familia jurídica es un conjunto de sistemas jurídicos que comparten características determinadas.

que existe, entre otras razones, por sus propias particularidades⁴. Además, dentro de cada familia, se hace una subclasificación por regiones para así poder precisar mejor las notas comunes y diferenciales que pueden existir.

Las familias en las que se expondrán las distintas regulaciones en este estudio son: el sistema tradicional o integral; el de Código Penal autónomo; el de incriminación conjunta o unitaria de incluir los delitos militares en el Código Penal común; y el anglosajón o de la *common law*.

El primer sistema implica incluir en un único texto todas las normas penales. Es el que operó en nuestro país con el Código de Justicia Militar⁵ de 1945 y que desapareció con la aprobación del Código Penal Militar⁶ de 1985. Opina un sector de la doctrina⁷ que «resulta anacrónica la imagen de un código que pretende recoger todo lo concerniente a la administración de Justicia Militar»⁸. Otros autores consideran que es muy útil para el manejo al no profesional en derecho, propiciando un conocimiento general de las leyes jurídico-penales militares⁹. Tradicionalmente, a este tipo de textos se les llama CJM, recogiendo todo lo referido a la justicia militar.

El segundo sistema se adoptó en nuestro país con el CPM de 1985 y que continúa, es decir, el sistema de Código Penal autónomo. Ello implica que será en otros textos normativos donde se regulen las normas orgánicas y procedimentales. Según Millán Garrido, «entre los códigos o leyes penales especiales que lo adoptan pueden encontrarse textos de muy distinta naturaleza y diversa conformación»¹⁰, ya que no responde a una concepción sustancial unitaria del derecho penal militar.

La tercera familia consiste en incluir todos los delitos en un solo código o ley penal, que será la ley común para todos ellos, independientemente de que sean delitos comunes o militares.

La cuarta familia es la anglosajona o de *common law*.

⁴ COLOMBO, C. «La sustantividad del Derecho Penal Militar». Madrid: REDEM 1964, núm. 27, Madrid, pp. 9 y ss.

⁵ En adelante CJM.

⁶ En adelante CPM.

⁷ VALENCIANO ALMOINA, J. «En torno al nuevo Código de Justicia Militar». Madrid: REDEM 1978, núm. 35, p. 56.

⁸ *Ibidem*, p. 56.

⁹ MILLÁN GARRIDO, A. *Justicia Militar*. Barcelona: Ariel 2012, 9ª edición, p. 40.

¹⁰ VALENCIANO ALMOINA, J. *Loc. cit.*, p. 56.

1.1. SISTEMA TRADICIONAL O INTEGRAL

Dentro de este modelo, se podría hablar del sistema tradicional puro o de sistema tradicional imperfecto. En el primer grupo se incluyen aquellos que en un mismo texto recogen toda la normativa penal, disciplinaria y procesal, mientras que en el tradicional imperfecto se encontrarían los que solo incluyen la normativa penal y procesal, ya que la normativa disciplinaria se regula en otra u otras normas.

1.1.1. Modalidades del sistema integral en América

1.1.1.1. Chile

En Chile rige el CJM de 1944 que comprende tanto el derecho penal militar material como formal, aplicable tanto para tiempo de guerra como para tiempo de paz¹¹.

En el libro tercero (con un total de XI títulos) es donde se regulan los diferentes delitos militares¹². Los preceptos a destacar dentro de este estudio se contienen tanto en el título VIII¹³, como en el título IX¹⁴.

El art. 205 establece la aplicación de las disposiciones penales comunes recogidas en el Código Penal común (libro I), en cuanto no se opongan al contenido del CJM.

Dentro de los delitos contra los intereses del Ejército, se encuentran preceptos similares a considerados delitos contra el patrimonio en el ámbito militar en el CPM de 2015. En este caso, en el CJM chileno el bien jurídico protegido son los intereses del Ejército (art. 346 a 353).

El CJM persigue al que, con conocimiento, sea militar o no, autorice a suministrar a la tropa o suministre víveres en mal estado o adulterados (art. 346). La pena será de presidio. Si se produjera alguna muerte la pena se agrava.

El art. 347 castiga al que, maliciosamente y en tiempo de guerra, cuando sea encargado del suministro de tropas de víveres, municiones u otros efectos deje de hacerlo. La pena será de presidio mayor o menor depen-

¹¹ LÓPEZ DAWSON, C. *Justicia militar: una nueva mirada*. Chile: Comisión Chilena de Derechos Humanos 1995.

¹² *Código de Justicia Militar*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile 2002.

¹³ Delitos contra los intereses del Ejército.

¹⁴ Delitos contra la propiedad.

diendo si se da el caso tipificado, se produce por negligencia o se causa un perjuicio grave. En este último caso cabe hasta la aplicación de la pena de muerte¹⁵.

El art. 348 solo es aplicable en tiempo de guerra. El sujeto activo sería el encargado que sustrajera o consintiera que otro sustraiga aplicando a usos propios o ajenos caudales o efectos pertenecientes al Ejército. La pena será de presidio, agravándose en el caso de que el delito se diera en campaña y con daño para la operación de guerra o si diera lugar a un perjuicio efectivo para la tropa.

El artículo 349 es un precepto similar a la suposición de plazas supuestas, ya que consiste en castigar al que falsificara en cualquier documento militar datos para señalar que existe un mayor número de efectivos, ganado, material de guerra, víveres, equipos, o cualquier otra falsedad en materia de administración militar causando un perjuicio al Estado.

El título IX del libro III del CJM chileno se refiere a la propiedad¹⁶.

Se castiga el robo o hurto de material de guerra o maquinaria o útiles de exclusivo uso para fabricar material de guerra con la pena prevista en el Código Penal común¹⁷ aumentada en uno, dos o tres grados (art. 354).

La persona que dolosamente robe o hurte ganado, equipos, vestuario, forraje, víveres u otras especies que afecten al servicio de los institutos armadas y no sea material de guerra se castigara con la pena establecida en el CPC aumentada en un grado si el sujeto activo es un civil. Si el sujeto activo fuere un militar, la pena será la prevista en el CPC aumentada en uno dos grados.

El art. 356 castiga al que, al margen de los casos autorizados, enajene, adquiera, reciba armamento, munición u objetos calificados de material de guerra, equipo o vestuario de las instituciones armadas. También se castiga si lo hiciera un militar que recibe ese material para su uso y con obligación de devolverlo (art. 357). La pena es de presidio menor, salvo que se establezca otra de más gravedad en el CP común.

El art. 358 castiga como culpable de robo con violencia al militar que ordene o practique requisiciones con ánimo de lucro.

En cuanto a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, se establecen en el CJM chileno, para los delitos de robo y hurto de

¹⁵ La pena de muerte sigue vigente en Chile.

¹⁶ Art. 354 a 366 CJM de Chile.

¹⁷ En adelante CPC.

especies militares, una serie de circunstancias agravantes, como son: 1) cometer el delito en tiempo de guerra (art. 361. 1.º); 2) poner en peligro la seguridad, establecimiento militar, especialmente si están destinados a fabricar o guardar material de guerra o municiones (art. 361.2.º); 3) si como consecuencia del delito no se cumpliera una orden del servicio, produciéndose por ello un perjuicio (art. 361. 3.ª); 4) cometer el hecho en servicio de armas, de guardia o de centinela (art. 362. 1.º); 5) cometerlo en perjuicio de sus compañeros de armas (362. 2.º); 6) ejecutarlo en campaña en perjuicio de un proveedor o suministrador del Ejército (art. 362. 3.º); 7) realizar el hecho en casa de quien le proporciona al culpable alojamiento (art. 362. 4.º); 8) cometer el delito el militar si el delito no lo contemplare entre sus circunstancias (art. 362. 5.º). El robo o hurto cometido por un militar en casa de su superior, se considerará cometido en el cuartel (art. 363).

El CJM chileno presume la tentativa de robo a aquel que con armas y sin autorización, o simulando autoridad u órdenes superiores se introdujera en el local donde se guardan armas, municiones, caudales, víveres, equipo, vestuario u otros objetos afectos al servicio militar (art. 364, segundo). Igualmente se presumirá la tentativa si se entrara en los mencionados locales con fracturas, escalamiento, ganzúa o llave falsa (art. 364, primero).

Un caso particular es la agravante para el supuesto de que se cometa el delito de abandono de destino o de residencia contemplado en el art 308.

En cuanto a la normativa disciplinaria, esta se regula en el Reglamento de Disciplina para las FAS, de diciembre de 1951¹⁸.

Las faltas disciplinarias están tipificadas en el art. 76 del reglamento disciplinario, de las que destacan los números 23, 24, 27 y 40 de este. Es falta disciplinaria el descuidar la conservación de armamento, equipo, vestuario u otro objeto fiscal de uso de las instituciones armadas y destinado a la defensa nacional siempre que no constituya delito (art. 76. 23). También se considera falta disciplinaria el proponer, recomendar, contratar o gestionar la contratación para el servicio de las instituciones de la defensa nacional de los individuos que no cumplen los requisitos legales o reglamentarios para ello y, teniendo obligación de ello, no efectúen la debida comprobación de los antecedentes necesarios o silenciar aquellos que fueren negativos (art. 76. 24). Se castigará disciplinariamente vender, empeñar, cambiar, inutilizar o donar especies fiscales, cuando estos hechos no alcanzan a constituir delito (art. 76. 27).

¹⁸ El Reglamento Disciplinario para las Fuerza Armadas chilenas, se recoge en el Decreto Supremo n.º 1445, de 14 de diciembre de 1951. Esta norma solo es aplicable al personal del Ejército y de la Fuerza Aérea. La Marina tiene su propio reglamento disciplinario (Decreto Supremo núm. 1232, de 21 de octubre de 1986).

Las sanciones disciplinarias son principalmente las de amonestación, represión y arresto militar.

1.1.1.2. Colombia

El derecho penal militar colombiano se encuentra recogido en un texto del año 2010, en el que se incluye la normativa penal militar y la procesal militar con 628 artículos.

Según el CPM colombiano, solo podrán ser enjuiciados por delito militar los militares o agentes de la fuerza pública. Cuando un miembro de la fuerza pública, en servicio activo y en relación con el mismo servicio, cometa un delito previsto en el CP ordinario o sus leyes complementarias, será investigado y juzgado de conformidad con las disposiciones del CPM colombiano¹⁹.

En cuanto a los preceptos que cabe considerar similares a los delitos contra la Hacienda en el ámbito militar, la regulación es dispersa, dependiendo del bien jurídico.

Así, en el art. 115 se tipifica la omisión en el abastecimiento. En el artículo 161 y siguientes del CPM el peculado bajo la rúbrica «Delitos contra la Administración Pública». En el art. 164 se tipifica el tráfico de influencias y en los art. 168 y 169 el hurto de armas y bienes de Defensa y hurto de uso respectivamente.

El art. 115 se encuentra dentro del título II del libro II del CPM colombiano. Este título II lleva por rúbrica «Delitos contra el servicio». Por tanto, el bien jurídico que principalmente se intenta proteger es el servicio. El art. 115 castiga con pena de prisión al miembro de la fuerza pública legalmente encargado para ello que no abastezca en debida y oportuna forma a las tropas. Se establece una circunstancia agravante específica, cuando se causare algún perjuicio en las operaciones o acciones militares o policiales. Se atenuará la pena si se comete el hecho delictivo con negligencia.

Del art. 161 al 164, el bien jurídico fundamental es la Administración Pública. De estos cuatro preceptos, los tres primeros recogen el peculado y el último tipifica el tráfico de influencias.

Así, se sanciona al que se apropiara en provecho suyo o de un tercero de bienes de dotación que se hallaran confiados o entregados por un título no traslativo de dominio, con la pena de prisión. Se establece una agravante si el valor de lo apropiado supera los diez salarios mínimos legales

¹⁹ Art. 171 CPM de Colombia.

mensuales vigentes, sin excederse de veinte. El art. 161 establece otras dos circunstancias cualificadas cuando la acción se realice: a) sobre armas de fuego, municiones o explosivos de uso exclusivo de la Fuerza Pública; b) en caso de depósito necesario.

El art. 162 castiga al militar o agente de la fuerza pública que decomisara armas, municiones o explosivos, o las recibiera decomisadas o incautadas y sin justa causa no las entregara a la autoridad correspondiente dentro de los quince días siguientes a la fecha del decomiso o recibo con pena de prisión.

En el art. 163 se pena al que realice cualquiera de las conductas descritas en los dos artículos anteriores, respecto de bienes o efectos cuya administración, custodia o tenencia, se le hayan confiado por razón o con ocasión de sus funciones y que pertenezcan o se hayan destinado para los centros de recreación, casinos o tiendas de agentes o soldados, economatos de la Fuerza Pública, o de bienes de asociaciones o fundaciones sin ánimo de lucro del ramo de defensa nacional.

El CPM colombiano, bajo la rúbrica de «Otros delitos», en el título VIII del libro II, contiene el hurto de armas y bienes de Defensa (art. 168) y el hurto de uso (art. 169).

El régimen disciplinario se regula en la Ley 836 de 2003.

Constituye falta disciplinaria la realización de cualquiera de las conductas o comportamientos previstos como tal en reglamento, que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y atribuciones, trasgresión de prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causas de exclusión de responsabilidad contempladas²⁰.

Las faltas se clasifican en tres²¹: gravísimas, graves y leves. Las primeras se enumeran en el art. 58, en concreto los núm. 28, 29 y 30 recogen las conductas similares a las infracciones contra la hacienda o patrimonio en el ámbito militar. Las graves se recogen en el art. 59, destacando a efectos de este estudio los núm. 4, 5, 6, 8, 36 y 48 de ese precepto. En cuanto a las leves, se encuentran en el art. 60, de las que los núm. 42 y 55 se refieren a las infracciones contra la Hacienda o patrimonio militar.

Las sanciones a imponer solo pueden ser la separación absoluta de las Fuerzas Militares, la suspensión y la represión.

²⁰ Art. 56 Ley 836 de 2003 de Colombia.

²¹ Art. 57 Ley 836 de 2003 de Colombia.

1.1.1.3. México

El CJM de México de 29 de agosto de 1933 es procesal y penal militar²². Trata las infracciones similares a las tipificadas en el CPM español contra la Hacienda o patrimonio en el ámbito militar, en sus artículos 239 a 254, que constituyen los capítulos II y III del título octavo «Delitos contra la existencia y seguridad del Ejército», encuadrado dentro del libro II, titulado «Delitos, faltas, delinquentes y penas».

El capítulo II que lleva por rúbrica «Fraude, malversación y retención de haberes», y va del artículo 239 al 245.

Fraude militar

Los supuestos clásicos del fraude militar se encuentran previstos en el art. 239 del CJM mexicano que tiene su origen en los llamados *santelmos*²³.

El primer punto del 239 castiga al que en las listas de revista u otro documento militar haga aparecer una cantidad de hombres, animales, haberes, jornales o forrajes mayor del que justamente deba figurar o algún individuo que realmente no exista o que, existiendo, no preste servicio. La pena será de prisión. También se castiga, en el caso de que ocurran los hechos antes descritos, sin cometerlos, por omisión en la vigilancia que les esté encomendada.

En el segundo punto del art. 239 tipifica diferentes conductas, castigándose al que en el ejercicio de sus funciones realice alguna de las siguientes actuaciones: a) favorecer a un contratista o proveedor en la contrata respectiva; b) presentar cuentas o relaciones inexactas sobre gastos del servicio, naturaleza, cantidad o calidad de los trabajos, mano de obra o provisiones destinadas al uso militar; c) efectuar compras de estas últimas a precio mayor que el de plaza o celebre otros contratos onerosos; d) no dar cuenta oportunamente a la Secretaría de Guerra y Marina de los fondos que tuviera en su poder por economías de forrajes o gasto común; e) firmar o autorizar orden, libramiento o cualquier otro documento de pago o de crédito extendido por los que se hallen a sus órdenes y que difieran en cantidad de

²² La doctrina de esa nación entiende que debe de cambiarse la sistemática y abogan por la separación de las normas procesales y penales militares en diferentes textos. ESPINOSA, Alejandro Carlos. *Derecho procesal penal militar*. México: Instituto nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal 2009, p. 200.

²³ Señala Almirante que *Santelmo* en tiempos de la dominación española en Nápoles significaba plaza supuesta. ALMIRANTE, J. *Diccionario Militar*. Madrid: Imprenta y litografía del Depósito de la Guerra 1869, p. 938.

lo que arroje la liquidación o ajustes correspondientes; f) ordenar o hacer consumos innecesarios de víveres, municiones, pertrechos, combustibles u otros efectos destinados al servicio; g) cambiar sin autorización las monedas o valores que hubiera recibido, por otros distintos que de cualquier otra manera no especificada alcance el lucro indebido, con perjuicio de los intereses del ejército o de los individuos pertenecientes a él, valiéndose para ello del engaño o aprovechándose del error de otra persona. Todos los casos anteriores son castigados con la pena de prisión.

Malversación

Se prevé en el CJM mexicano²⁴ para el que hubiera realizado estas acciones la destitución de empleo con inhabilitación para el servicio, como penas accesorias.

Es circunstancia específica, que agrava la pena en el caso del delito de malversación militar, el que el infractor se fugase para substraerse al castigo (art. 24 CJM).

Son circunstancias atenuantes específicas: a) devolver lo sustraído antes de que pasen tres días, desde que se hubiera descubierto el delito en la corporación o dependencia. En este caso la reducción de la pena oscilará dependiendo del valor de lo sustraído; b) en el caso de que la devolución se produzca con posterioridad a esos tres días, y antes de la sentencia, también se establece circunstancia atenuante con respecto a la pena de prisión pero no con respecto a la destitución del empleo.

Retención de haberes

Se castiga al que por razón de sus funciones está obligado a entregar o distribuir haberes, raciones o prendas e indebidamente las retiene con penas diferentes según: a) la retención la efectuase en provecho propio o en otro y según el valor de los objetos sustraídos y, en estos casos, se aplicaran las penas y fracciones previstas en el art. 241 (art. 242); b) si dicha retención la hiciese sin aprovechar la retención ni para sí, ni para otro y se impondrá la mitad de la pena prevista en el art. 241 (art. 242).

El segundo de los dos capítulos al que hay que referirse es el capítulo III, del título octavo, del libro II, bajo la rúbrica «Extravío, enajenación, robo y destrucción de lo perteneciente al Ejército», con una amplia casuís-

²⁴ ESPINOSA, A. «Justicia Militar Mexicana». Brasil: *Revista Humanitas et Militaris* 2011, núm. 7, pp. 60 y ss.

tica y sistemática deficiente. Siguiendo la propia rúbrica de este capítulo III, se pueden sistematizar los casos recogidos en este capítulo:

Extravío y enajenación

En la que la pena será mayor en el caso de ser un oficial (art 247).

El art. 246 castiga a aquel que, para provecho propio de otros, compre, oculte o reciba en prenda vestuario, equipo de uso de personal militar, caballos, acémilas, armas, municiones u otros objetos militares destinados al servicio. Se castiga al que: a) enajene o empeñe las prendas de vestuario o equipo de uso personal; b) enajenen o empeñen caballos, acémilas, armas, municiones u otros objetos militares destinados al servicio; c) extravíe, en tiempos de paz, el caballo, las armas, las municiones u otros objetos que se les hubiera entregado para el servicio, excepto las prendas de vestuario de uso personal.

En los tres casos anteriores se establece la agravante específica de estar en campaña, en el caso de que los hechos se den en esta situación.

Robo

Se castiga el robo de valores o efectos que pertenezcan al ejército. Se establecen dos circunstancias agravantes: a) cuando se comete en lugar cerrado o en edificio que esté habilitado o destinado para habitación; b) si el delincuente es obrero y el delito se comete en taller en que aquel preste sus servicios.

La normativa disciplinaria se regula en la Ley de Disciplina del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos de 1926, que incluye el arresto entre los correctivos disciplinarios que en la misma se contemplan²⁵.

La Ley de Disciplina para el Personal de la Armada de México, publicada en el Diario Oficial de la Federación, de 13 de diciembre de 2002, contempla igualmente el arresto entre los correctivos disciplinarios que esta prevé²⁶.

²⁵ PIÑEYRO, J. *Ejército y sociedad en México: pasado y presente*. México: Universidad Autónoma Metropolitana-Azcapotzalco 1985.

²⁶ CARBONELL, M. «El rol de las FAS en la Constitución mexicana». *Ius et praxis* 2002, vol. 8, núm. 1, pp. 35 y ss.

1.1.1.4. Perú

En Perú, el derecho penal militar que se encuentra en el Código Penal Militar y Policial del año 2010²⁷ es un código penal y procesal militar al desarrollar el Ejército funciones policiales.

Se establece la supletoriedad del derecho penal común siempre que lo permita su especial naturaleza²⁸ y no se oponga a los fines y preceptos del Código Penal Militar Policial peruano.

Bajo la rúbrica de «Delitos que afectan los bienes destinados al servicio militar policial», se encuentran preceptos que intentan proteger los materiales destinados a la defensa nacional, al servicio, su utilización y la sustracción de los mismos por culpa. El bien jurídico protegido en esos preceptos (art. 133 a 137) está constituido por los bienes destinados al servicio militar policial²⁹. Cualquiera de estos delitos solo puede ser cometido por un militar o un agente de la Policía Nacional peruana en el ejercicio de su función³⁰.

El art. 133 castiga con pena privativa de libertad, con la accesoria de inhabilitación³¹ al militar o policía que indebidamente disponga, destruya, deteriore, abandone o pierda armas, municiones, explosivos, vehículos terrestres, navales y aéreos, o parte de ellos, y demás bienes o pertrechos militares o policiales, confiados para el servicio³². Además, se establece la agravante de cometer el delito durante enfrentamiento contra grupo hostil o conflicto armado internacional.

El artículo 134 se refiere al delito de apropiación ilegítima de material destinado al servicio, que requiere el empleo de violencia contra la persona o amenazarla con un peligro inminente para su vida o integridad física. Se establecen diferentes agravantes. Una se dará cuando el robo se cometa durante la noche o a mano armada en alguno de los siguientes casos: a) con el concurso de dos o más personas; b) mostrando mandamiento falso de au-

²⁷ Decreto Legislativo núm. 11108, de 1 de septiembre de 2010.

²⁸ MONROY MEZE, J. «Contiendas de competencia entre el fuero común y el fuero militar policial». *El Jurista Militar Policial* 2002, núm. 1, pp. 85 y ss.

²⁹ LANTERO CIENFUEGOS, S. «Prospección del bien jurídico en el delito militar: la defensa nacional». *El Jurista del Fuero Militar Policial* 2015, núm. 6, pp. 71 y ss.

³⁰ BRAVO MEXDEO, R. «Aproximación a una noción de Derecho Penal Militar Policial en el Perú». *El Jurista Militar Policial* 2014, núm. 3, pp. 91 y ss.

³¹ La pena de inhabilitación se extiende por el mismo tiempo que la pena principal (art. 27).

³² CASTILLO ZEVALLOS, J.; GALINDO ARIZA, F. «Delitos de exceso de ejercicio del mando y afectación del material destinado a la defensa nacional competencia del Fuero Militar Policial». *El Jurista Militar Policial* 2012, núm. 1, pp. 45 y ss.

toridad; c) sobre vehículo terrestre, nave o aeronave, destinada al servicio; d) sobre material de guerra.

La segunda de las agravantes³³ se dará cuando se dé alguna de estas circunstancias: a) se cause lesiones a la integridad física o mental; b) se empleen drogas, productos químicos o fármacos; c) sobre bienes con el carácter de secreto militar; d) si los bienes robados son destinados a una organización terrorista o delictiva. La tercera de las agravantes, que lleva aparejada la pena perpetua, se dará cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización delictiva o banda, durante enfrentamiento contra grupo hostil o conflicto armado internacional o si, como consecuencia del hecho se causan lesiones graves o la muerte.

Al hurto de material destinado al servicio se refiere el artículo 135. Este artículo establece también diferentes agravantes. La primera se da cuando: a) se cometa durante la noche; b) mediante destreza, escalamiento, destrucción o rotura de obstáculos; c) con ocasión de incendio, inundación, naufragio, calamidad pública; d) mediante concurso de dos o más personas.

La segunda agravante se dará si se da alguna de las siguientes circunstancias: a) realizarlo un agente que actúa en calidad de integrante de una organización destinada a perpetrar estos delitos; b) cometerlo sobre secreto militar; c) utilización de sistemas de transferencia electrónica, de telemática o violación del empleo de claves secretas; d) emplear materiales o artefactos explosivos para la destrucción o rotura de obstáculos; e) cometerlo sobre vehículos terrestres, nave o aeronave, destinado al servicio; f) sobre material de guerra. La tercera de las agravantes se dará cuando el delito se cometa durante enfrentamiento contra grupo hostil o conflicto armado internacional o el agente actúe en calidad de jefe, cabecilla o dirigente de una organización o banda destinada a perpetrar estos delitos. La última de las agravantes previstas en este artículo se da cuando los bienes hurtados son destinados a una organización terrorista o delictiva.

El artículo 136 dispone que «el militar o el policía que embarcase o permitiese embarcar en un buque, aeronave o cualquier otro vehículo de transporte a sus órdenes, pasajeros o efectos particulares o mercaderías que no procedan de salvamento o abandono, sin estar autorizados o aprobado su procedimiento por el superior, será sancionado con pena privativa de libertad de uno a seis años».

El artículo 137 castiga con pena privativa de libertad la sustracción por culpa.

³³ Se establece pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de treinta años.

En los artículos antes vistos se impone como pena la privación de libertad³⁴.

No se incluye en el CPM y Policial peruano precepto dedicado a castigar al militar o agente que en el ejercicio de su cargo realice funciones de contratación o avituallamiento. A pesar de ello, es posible el castigo al militar que lleve a cabo este tipo de actos enjuiciándolo conforme a la legislación común.

La normativa disciplinaria se recoge en la Ley núm. 29131, del Régimen Disciplinario de las FAS, de 24 de octubre de 2007, que señala, entre las sanciones disciplinarias, el arresto simple y el arresto de rigor.

Las faltas disciplinarias pueden ser leves, graves y muy graves (art. 13). Se recogen en los anexos de la Ley núm. 29131, del Régimen Disciplinario de las FAS, de 24 de octubre de 2007.

Las infracciones disciplinarias se clasifican en: a) contra la jerarquía o subordinación; b) contra la disciplina, orden y deberes militares; c) contra el honor, ética y espíritu militar; d) contra la capacidad operativa y logística.

En el anexo I, se recogen las infracciones por falta leve. Destacan: 1) no cumplir con la rendición de cuentas de dinero o la remisión de documentos que justifiquen entrega de bienes o enseres recibidos para el servicio dentro de los planes establecidos; 2) el uso de vehículo oficial sin autorización o para fines ajenos al servicio; 3) el abandonar prendas o uniformes o dejarlos en lugares inadecuados; 4) retirar víveres de los almacenes, pañoles, cocinas o comedor sin autorización; 5) descuido en el manejo del armamento y munición o en la conservación de armamento o munición. También contempla la pérdida de accesorios del armamento; 6) descuido del material a su cargo, disponer o intercambiar material sin autorización. Empeñar prendas militares en dotación; 7) no cuidar el omite de las instalaciones militares.

El anexo II, tipifica las infracciones graves, de las que destacan: 1) solicitar injustificadamente gratificaciones o beneficios económicos; 2) ocasionar por negligencia pérdidas de material o deterioro del mismo si es valor para el Estado o de magnitud para el servicio; 3) utilizar bienes de propiedad del Estado para beneficio personal o de terceros; 4) ocasionar daños, al no adoptar las medidas de precaución para el uso y conservación de armamento; 5) la negligencia en el cuidado del armamento a su cargo;

³⁴ En el Perú solo existe un caso por el que actualmente se puede imponer la pena de muerte. Este es cometer el delito de traición a la patria en caso de guerra exterior. BLUME ROCHA, E. «La pena de muerte en Perú». *El Jurista del Fuero Militar Policial* 2015, núm. 6, pp. 71 y ss.

6) disponer arbitrariamente de objetos, rancho, víveres, materiales, vestuario u otros bienes o servicios de la Institución; 7) hacer uso indebido de los bienes o elementos del Estado que le hayan sido entregados para su uso, custodia, transporte, administración o que, de cualquier otra manera tengan acceso a ellos, sin beneficio propio o de terceros; 8) falta de control en el manejo administrativo, dando lugar a la malversación de bienes u otros objetos del Estado.

El anexo III, se refiere a las infracciones disciplinarias por falta muy grave. De ellas destaca a objeto de nuestro estudio: 1) abandonar el armamento, munición o material; 2) intentar vender, sustraer, extraviar, perder o dañar bienes de propiedad del Estado; 3) realizar adquisiciones con fondos del Estado sin seguir los procedimientos previstos para ello; 4) destruir sin autorización o sin causa justificada prendas, materiales, muebles, enseres, instalaciones u otros bienes propiedad del Estado; 5) disponer de bienes o valores en beneficio propio o de un tercero en operaciones militares.

1.1.2. Particularidades del sistema integral en Europa

1.1.2.1. Francia

La normativa referida a los delitos militares en Francia se encuentra recogida en su actual CJM de 5 de mayo de 2008.

En el CJM está compuesto por una parte legislativa y otra reglamentaria, en las que se contiene la normativa procesal militar y penal militar³⁵.

El art. L311-2 del CJM contiene la denominada *cláusula de salvaguarda*³⁶ y la remisión al derecho penal común en todo lo que no se oponga al CJM. En el libro III, título II, se recogen solo y exclusivamente delitos de naturaleza puramente militar en sus diferentes especies. Los delitos similares a las infracciones contra la Hacienda en ámbito militar se incluyen dentro del capítulo II, en particular, en las secciones dedicadas a los delitos de destrucción, a la falsificación y malversación de fondos. Con lo que ya da una idea de que el bien jurídico principal que se intenta proteger es el

³⁵ BRICARD, Pierre. «Le Juge Militaire Français». *Revista Humanitas et Militaris* 2004, núm. 1, pp. 81 y ss.

³⁶ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. «La reforma de la justicia militar». *Revista General de Marina* 1986, tomo 210, p. 384.

honor del militar y de las FAS y el deber del militar en el ejercicio de sus funciones dentro de las FAS.

En la sección dedicada a los fraudes, falsificación y malversación de fondos (sección 5.^a, del cap. II) destaca que se incorporan como delitos militares con pena de prisión: 1) al militar responsable o encargado de las cuentas de dinero o materiales que cometiere fraude en sus cuentas o usare documentos falsos (art. L322-11); 2) al que falsifique o altere: a) sustancias, materiales, productos, líquidos que estén bajo su custodia, vigilancia o guardia. Debe de hacerlo a sabiendas y distribuirlos o hacerlas distribuir (art. L322-12); b) distribuir o hacer distribuir, a sabiendas, carne que provenga de animales enfermos, contagiados, etc., o materiales o productos corrompidos o dañados (art. L322-12). La pena será de cinco años de prisión; 3) desviar armas, municiones, vehículos, dinero, efectos, u otros objetos que le son dados para el servicio o con ocasión de ello; 4) robar o hurtar a algún habitante de donde se le da alojamiento con ocasión del servicio.

La materia disciplinaria militar aparece regulada en el Código de la Defensa³⁷, tanto en su parte legislativa como en su parte reglamentaria. Esto es así porque en el art. L311-2 del CJM (en su parte legislativa) se establece que las sanciones por infracción disciplinaria se regularán por la Ley núm. 2005-270, de 24 de marzo, del Estatuto General del Militar (Código de la Defensa). Por lo que a la parte legislativa se refiere, son de interés los artículos siguientes: a) el art. L4137-1, en el que se establece que, sin perjuicio de las sanciones penales que quepa imponer, las faltas o infracciones cometidas por los militares pueden asimismo exponerles a sufrir tanto *sanciones disciplinarias* como *sanciones profesionales*; b) el art. L4137-2, en el que se establecen tres grupos de sanciones disciplinarias, incluyéndose en el primero de ellos (que agrupa a las sanciones más leves) la consigna y los arrestos.

Es en la parte reglamentaria del Código de la Defensa donde se desarrolla el régimen jurídico de las sanciones disciplinarias, según texto redactado por Decreto 2008-392, de 23 de abril.

1.1.2.2. Portugal

En Portugal actualmente rige el CJM de 2003 procesal y penal militar.

³⁷ BAILLET, J. «Le traitement des infractions commises, en temps de paix sur le territoire national, par les militaires français». *Revista Humanitas et Militaris* 2011, núm. 5, pp. 33 y ss.

El CJM portugués está dividido en dos libros. El primero de ellos trata sobre los crímenes³⁸ y el segundo sobre el proceso³⁹.

El CJM portugués es aplicable a los crímenes de naturaleza estrictamente militar (artículo 1.1 CJM), pudiendo ser sujeto activo del delito tanto los militares (art. 4 CJM), como los civiles, siempre que se encuentren comprendidos en el tipo penal concreto y establece el principio de carácter supletorio de su Código Penal común (art. 2 CJM)⁴⁰.

La tentativa de crímenes estrictamente militares será punible cualquiera que sea la pena aplicable al crimen consumado⁴¹.

Los delitos similares a los delitos contra la Hacienda o patrimonio en el ámbito militar españoles, se encuentran recogidos en el título II del libro I del CJM portugués. En particular se tipifican en el capítulo I (sección III) y, sobre todo, en su capítulo V bajo la rúbrica de «Crímenes contra la capacidad militar y la defensa nacional» y dentro de este en la sección IV⁴² (artículos 81 a 84 CJM portugués).

La sección II del capítulo I⁴³, título II, del libro I del CJM «La infidelidad en el servicio militar» tiene dos preceptos: los artículos 36 y 37 que se refieren al cohecho en sus diferentes formas cuando se dé aplicado a las FAS u otras fuerzas militares.

El artículo 81 CJM castiga al militar que, por negligencia, deje de presentar material de guerra que le haya sido confiado o tenga que distribuir para el servicio con la pena de prisión.

En el caso del artículo 81, el sujeto activo solo puede ser el militar, imponiéndose una pena de prisión de un mes a tres años excepto cuando el tipo se cometa en tiempo de guerra en cuyo caso la pena será mayor.

El artículo 82 CJM portugués se refiere a aquel sujeto que se dedique al comercio ilícito de material de guerra⁴⁴ fuera de las condiciones exigidas por la legislación específica o sea contrario a las prescripciones dadas por las autoridades competentes.

³⁸ LIVRO I: Dos crimes.

³⁹ LIVRO II: Do processo.

⁴⁰ DE BARROS LEAL SARAIVA, A. *Comentario a Parte Geral do Código Penal Militar*. Fortaleza: ABC Editora 2007.

⁴¹ Art. 12 CJM portugués.

⁴² *Extravio, furto e roubo de material de guerra*.

⁴³ *Dos crimes contra a independéncia e a integridade de nacionais*.

⁴⁴ El concepto de material de guerra a efectos de aplicación del CJM portugués se encuentra regulado en el artículo 7 del CJM. De este precepto destaca su amplitud, considerándose material de guerra no solo aquel armamento que pertenece a las FAS portuguesas u otras fuerzas militares.

El artículo 83⁴⁵ CJM castiga en su apartado 1.º, al que, con intención ilegal, se apropiase para sí o para otro de material de guerra. La pena será de prisión. Por su parte, el apartado segundo del art. 83 CJM establece la agravante en dos casos. El primer caso se dará cuando el valor de lo sustraído sea considerablemente elevado. El segundo caso será si se produce utilizando con alguna de las circunstancias previstas como, por ejemplo, el uso de llaves falsas o escalamiento.

En el apartado 3.º del art. 83 CJM establece la atenuante si la sustracción no fuera dirigida a la obtención de material de guerra.

El art. 84 CJM, castiga con pena de prisión de dos a ocho años a aquel que con ilegítima intención se apropiare para sí o para otro, sustrajera o consintiera que se entregue material de guerra usando violencia o intimidación contra las personas o mediando amenazas de peligro inminente de vida o de la integridad física.

Los artículos 81 a 83 del CJM portugués son equiparables a los previstos en los artículos 82 y 85 del CPM español.

En el texto portugués no se hace una sola mención a la defraudación en materia de contratación y, por tanto, será de aplicación la legislación común.

En cuanto a la normativa disciplinaria rige el Reglamento de Disciplina Militar, aprobado por Ley Orgánica n.º 2/2009, de 22 de julio, que recoge el catálogo de penas disciplinarias en su art. 30, mencionando entre ellas la prohibición de salida y la prisión disciplinaria.

Según la normativa disciplinaria portuguesa⁴⁶, son infracciones disciplinarias, aunque se cometan por negligencia, la violación de cualquiera de los deberes militares (art. 7) que se incluyen en el Reglamento de Disciplina Militar. A objeto de este estudio destacan los siguientes deberes:

1. Deber de cuidado⁴⁷. Dentro de este deber destaca la violación de este mediante: a) el consentimiento, cuando tuvieran encomendada o bajo su responsabilidad armamento o munición, que alguien se apodere ilegítimamente de él; b) el permitir el uso de instalación, armas, vehículos u otros bienes del servicio para fines ajenos a este, sin que exista la necesaria autorización o de cualquier otra forma los inutilizara o sustraiga del fin encomendado los bienes patrimoniales a su cargo; c) el no velar por la conservación de los bienes patrimoniales que le están confiados.

⁴⁵ *Furto de material de guerra.*

⁴⁶ ROQUE, N. «Estructura da Justiça Militar em Portugal». en *Revista Direito Militar* 1999, núm. 18, pp. 29 y ss.

⁴⁷ Art. 17.

2. Deber de honestidad⁴⁸. Dentro de este deber resalta la violación de este mediante el hecho de: a) hacerse con bienes de naturaleza y propiedad estatal para provecho propio; b) hacer valer la autoridad, rango o función para obtener ventajas o beneficios.

3. Deber de aplomo⁴⁹. Destacando el incumplimiento de: a) cuidar de la limpieza y el mantenimiento de uniformes, armas, vehículos, equipo; b) cuidar de cualquier otro bien que se le entregó o dependa de él afecto al servicio; c) cuidar con celo cualquier animal que le haya sido entregado para el servicio o tratamiento.

1.1.3. El sistema tradicional en África

1.1.3.1. Mali

En Mali rige en materia de derecho penal militar la Ley n.º95-042/AN-RM, de 20 de abril 1995, por la que se regula el CJM. El CJM de Mali es procesal militar y penal militar, en el que se incluyen las faltas disciplinarias. Las infracciones militares y las penales aplicables, se recogen en el libro IV del CJM, artículos 90 y siguientes.

Pueden ser de tres clases, según el art. 91 de su CJM. Estas son: crimen, delito y contravención o sanción disciplinaria. El primero puede llevar aparejada las penas de muerte, cadena perpetua o prisión de cinco a veinte años (art. 92). En cuanto al segundo, las sanciones a imponer pueden ser la prisión de tres meses a cinco años, la degradación y la multa (art. 92). Respecto a la contravención o sanción disciplinaria, el castigo para el infractor es la prisión de entre un mes a tres meses (art. 92). Como penas accesorias se establecen la degradación y la retrodegradación.

Al objeto de esta investigación, el capítulo dedicado a las infracciones contra el honor y el deber y, en particular, dentro de este, la sección referida a los fraudes, falsificaciones y desvíos⁵⁰ es la más importante. En ella es donde se recogen las infracciones asimilables a nuestras infracciones contra la Hacienda o patrimonio en ámbito militar, que tienen como el bien jurídico fundamental a proteger el honor y el deber, como consecuencia de la sistemática y encuadramiento dentro del CJM de Mali.

⁴⁸ Art. 22.

⁴⁹ Art. 24.

⁵⁰ Sección quinta, del capítulo II, del título II, del libro IV del CJM de Mali.

Las conductas más significativas son: a) el militar que falsifica o adultera sustancias, materiales, productos o líquidos que le están confiados a bajo su vigilancia o que, a sabiendas, los distribuya o haga distribuir; b) el militar que distribuya carnes que provengan de animales alcanzados por enfermedades contagiosas o transmisibles o que, distribuyera materiales, sustancias o productos estropeados (art. 141). En ambos casos la pena a imponer será de prisión. Los bienes serán confiscados si se ha obtenido un lucro o provecho con ellos. Si el culpable fuera un oficial, este será degradado o retrogradado (art. 141); c) el militar o asimilado que desvíe o trafique con armas, munición, vehículos, dinero o efectos y demás objetos entregados a él, para el servicio o con ocasión del servicio (art. 142). La pena será de prisión; d) el militar o asimilado culpable, en tiempo de paz o guerra, de robar en perjuicio de algún habitante del lugar donde se encuentra alojado o acantonado (art.143).

1.1.3.2. Marruecos

En Marruecos rige el Código de Justicia Militar de las FAS Reales de 1956⁵¹.

La rapidez con la que se aprueba y aplica esta normativa está incluso en contra de principios que ya en esa época aplicaban prácticamente la totalidad de los países, como la seguridad jurídica y la irretroactividad de las normas no favorables. Así se demuestra en su art. 213.

Al código marroquí se han referido diferentes autores españoles⁵², haciendo hincapié en su amplia casuística y mala sistematización.

Se trata de un texto procesal y penal militar, para paz y guerra. Dentro de ese libro II se hará referencia a la sección IV, V y XII, ya que es en esas secciones donde se tipifican los delitos que se pueden equiparar a las infracciones contra la Hacienda en ámbito militar.

La sección IV lleva por rúbrica «Malversación y ocultación de efectos militares». En ella se contienen infracciones de diversa naturaleza, interesando, aquellos preceptos similares a los delitos de fraude que preveía

⁵¹ Marruecos. Code de Justice Militaire, Dahir núm. 1-56-270 du 6 rebia II 1376, 10 de noviembre 1956. *Bulletin Officiel*, de 21 novembre 1956, núm. 2299 bis, pp. 1331 y ss.

⁵² BARRERA TREVIÑO, C.: «El Código de Justicia Militar de las FAS Reales de Marruecos», en *REDEM* núm. 9, 1960, pp.211 a 252.; MILLÁN GARRIDO, A.: *La Deserción Militar*, Tesis Doctoral, Sevilla, pp. 178 y ss.

nuestro antiguo CJM⁵³. En concreto, los artículos 165, 166 y 167, según los cuales se castigará con pena de prisión de uno a cinco años a todo militar que venda caballo, acémila o caballo de tiro, vehículo u otro objeto que pertenezca a los servicios del Ejército o efectos de indumentaria, armamento o equipo, municiones u otro confiado al servicio. También castiga con igual pena si lo hiciera sobre alimentos, sueldos, intereses o efectos cualesquiera que tenga a su cargo.

La pena se atenúa si la conducta fuera disipar o malversar las armas o municiones, efectos u otros objetos a él concedidos como artículos de dotación individual.

En estos preceptos se castiga también la receptación, ya sea esta cometida por un militar o por un civil, siempre que no esté autorizado reglamentariamente.

Un caso curioso previsto en el código marroquí es el de aquel que fuera absuelto del delito de desertión y, si no presenta el caballo, la acémila, el caballo de tiro, el vehículo oficial o cualquier otro objeto perteneciente al servicio del Ejército que se hubiera llevado consigo o las armas o efectos que hubiera substraídos, le impondrá la pena de tres a cinco años de prisión.

Por su parte, en la sección V, se castiga con trabajos forzados al militar que destruya medios de defensa, material de guerra, abastecimientos de armas, víveres, municiones, efectos del Ejército o de la Defensa Nacional.

La sección XI, rubricada «Infracciones diversas», va referida a agravaciones de las penas previstas en el Código Penal común marroquí, de la que resaltan: a) la previsión prevista en materia de los posibles fraudes que puedan cometerse en los casos de venta de mercaderías, adulteración de productos alimenticios o agrícolas; y b) las señaladas para los militares que distraigan o malversen en beneficio propio con fondos públicos, documentos, actas, armas, municiones, artículos que pertenezcan al Estado, militar o particular, siempre que no se haga conforme a las disposiciones reglamentarias.

En cuanto a la potestad disciplinaria, esta se deja en manos de la autoridad militar sin que las sanciones puedan ser superiores a sesenta días de arresto, regulándose estas faltas reglamentariamente.

⁵³ El término *malversación* que emplea la rúbrica, en realidad nada tiene que ver con lo que en España se entiende por malversación, ya que en el texto marroquí se refiere a los delitos contra el derecho de gentes, devastación y saqueo.

1.2. SISTEMA DE CÓDIGO PENAL AUTÓNOMO

Este sistema implica que será en otros textos normativos donde se regulen las normas orgánicas y procedimentales. En opinión de Millán Garrido, «entre los Códigos o leyes penales especiales que lo adoptan pueden encontrarse textos de muy distinta naturaleza y diversa conformación»⁵⁴.

1.2.1. Caracteres del sistema de CPM en América

1.2.1.1. Brasil

En Brasil rige en materia penal militar el Código Penal Militar de 21 de octubre de 1969, que entra en vigor el 1 de enero de 1970.

El CPM de Brasil es un código muy extenso⁵⁵, a diferencia de las modernas corrientes⁵⁶. Se divide en dos libros, el primero se consagra a los delitos militares en tiempo de paz y el segundo a los ocurridos en tiempo de guerra. Es un texto exclusivamente penal, que incluye muchísimas figuras delictivas que no se recogen en la mayoría de las normas penales militares, extendiendo la tipificación de los delitos a prácticamente cualquier asunto en que se ponga en cuestión el patrimonio, ya sea éste exclusivamente militar o no⁵⁷.

Los primeros artículos del CPM brasileño, que se refieren a los delitos patrimoniales o la Hacienda en el ámbito militar, son el art. 240 y siguientes del CPM, bajo la rúbrica «Los crímenes contra o patrimonio»⁵⁸, a lo largo de sus ocho capítulos.

El capítulo I, («*Do furto*») tiene como tipo básico el castigar con reclusión al que substraiga para sí o para otro cosa mueble. La pena se atenuará si la cosa substraída es de escaso valor o si se considera infracción discipli-

⁵⁴ *Loc. cit.*, p.56.

⁵⁵ CESAR DE ASSIS, J. *Comentários ao código penal militar: parte geral, artigos 1º a 135: parte especial, artigos 136 a 410*, 8.ª ed. Curitiba: Juruá 2014.

⁵⁶ GUIMARAES TEIXEIRO ROCHA, M. «La Justicia Militar de la Constitución Brasileña de 1988». *El Jurista del Fuero Militar Policial* 2013, núm. 2, pp. 71 y ss.; CESAR DE ASSIS, J. «O inusitado diagnóstico do grupo de trabalho do CNJ sobre a justiça militar». *Revista Direito Militar* 2015, núm. 111, pp. 31 y ss.

⁵⁷ CESAR DE ASSIS, J. «Proposta de reforma ao CPPM». *Revista Direito Militar* 2004, núm. 49, pp. 23 y ss.

⁵⁸ VERGUEIRO FIGUEIREDO, R. «A Obtenção da poss de coisa pelo agente como critério deferencial ento os delitos de apropriação indébita, furto fraudulento e estelionato». *Revista Direito Militar* núm.39, pp. 27 y ss.

naria, si se repara el daño causado o se restituye la cosa antes de dirigirse al proceso penal contra el autor de los hechos⁵⁹. La agravación de la pena se dará si la sustracción se produce por la noche, si la cosa sustraída pertenece a la hacienda nacional, o si se realiza con escalamiento, uso de llaves falsas, destrucción o rompiendo paredes, entre otras. En el caso de que la cosa sustraída sea un vehículo a motor la pena de reclusión aumentaría considerablemente.

El capítulo II («*Do roubo e da extorsão*») describe los crímenes de robo con violencia o intimidación en sus diferentes vertientes (art. 243 CPM), al igual que tipifica la extorsión en sus diferentes vertientes (art. 244 a 247). El capítulo III («*Da apropriação indébita*») regula los casos de apropiación indebida (art. 248 a 250). El capítulo IV («*Do estelionato e outras fraudes*») se refiere a las estafas y otros fraudes. En ellos se da una agravación de la pena si existe perjuicio o detrimento para la Administración Militar. El capítulo IV («*Da receptação*») castiga la receptación⁶⁰.

El capítulo VI («*Da usurpação*») tipifica la usurpación, castigando el art. 257 a aquel que descoloque, suprima o altere cualquier señal indicativa de linde divisoria de cosa inmueble de la Administración Militar, es decir, se pena la alteración de los límites. También sancionan la usurpación de aguas y la invasión de propiedad, terreno o edificio de la Administración Militar. El capítulo VII («*Do dano*») recoge diferentes tipos delictivos a lo largo de sus preceptos, pero, a efectos de equiparación a la normativa penal militar española, solo interesa el art. 262 CPM brasileño, que castiga el que practique daño en material o aparato de guerra de utilidad militar, aunque este fabricándose o construyendo o en depósito si pertenece a las FAS con la pena de reclusión⁶¹. El capítulo VIII («*Da usura*»), regula la usura.

El título VI, del libro I, del CPM brasileño se refiere a «*Dos crimes contra a incolumidade pública*». De los delitos recogidos en este título destacamos el peculado (art. 303 y 304), la corrupción (art. 308 a 310), la falsedad (art. 311 a 318) y los crímenes contra el deber funcional (art. 319 a 334).

Todos los delitos a los que se ha hecho referencia anteriormente se encuentran regulados en el articulado previsto para tiempo de paz⁶². El

⁵⁹ CESAR DE ASSIS, J. «O STF e o princípio da insignificância no crime militar de furto: significância de suas decisões». *Revista de Estudos e Informações* 2007, núm. 20, pp. 50 y ss.

⁶⁰ CESAR DE ASSIS, J. *Direito militar: aspectos penais, processuais penais e administrativos*, 3. ed. Curitiba: Juruá 2012.

⁶¹ ESTEVES, M. «Penas alternativas e o Direito Penal Militar». *Revista Direito Militar* 2007, núm.65, pp. 16 y ss.

⁶² CESAR DE ASSIS, J. «Questões controvertidas do direito penal militar». *Loc. cit.*, pp. 35 y ss.

crimen militar en tiempo de paz y en tiempo de guerra está definido en los artículos 9⁶³ y 10 del CPM brasileño respectivamente.

El artículo 20 del CPM⁶⁴ se refiere a que la pena a aplicar en los delitos militares cometidos en tiempo de guerra será la prevista para tiempo de paz, pero aumentándola en un tercio, salvo disposición especial en contrario⁶⁵. Los art. 29 al 47 recogen el concepto de crimen y el art. 55 y siguientes se refiere a las penas⁶⁶.

En cuanto a la normativa disciplinaria⁶⁷, en Brasil cada uno de los Ejércitos cuenta con un reglamento disciplinario propio⁶⁸, por lo que este país cuenta con tres textos al respecto⁶⁹.

El *Regulamento Disciplinar do Exército*⁷⁰, aprobado por Decreto n.º 4.346, de 26 de agosto de 2002, entre las sanciones disciplinarias que menciona en su art. 24, recoge: 1) La detención disciplinaria (art. 28) y 2) La prisión disciplinaria (art. 29). Las faltas pueden ser leves, medias o graves (art. 21) y se recogen en el anexo I del reglamento. De ellas destacan: a) perder por negligencia o desobediencia materiales, animales o documentos del servicio que estén bajo su responsabilidad (núm. 22); b) realizar directamente o por persona interpuesta, transacciones pecuniarias sobre asuntos del servicio, bienes u objetos materiales cuya comercialización está prohibida (núm. 37); c) retirar o intentar retirar de cualquier lugar militar materiales, vehículos, avión o buque sin consentimiento para ello (núm. 80).

El *Regulamento Disciplinar da Marinha*, aprobado por Decreto n.º 88.545, de 26 de julio de 1983, modificado en 1993, prevé, entre las sanciones que menciona en su art. 14, 1) la prisión simple (art. 24) y 2) la prisión ri-

⁶³ CESAR DE ASSIS, J. «Art. 9º do CPM: a ofensa às instituições militares como elemento determinante na caracterização do crime militar». *Revista Direito Militar* 2011, núm. 87, pp. 25 y ss.

⁶⁴ Art. 20 CPM de Brasil: «Aos crimes praticados em tempo de guerra, salvo disposição especial, aplicam-se as penas cominadas para o tempo de paz, com o aumento de umterço».

⁶⁵ ESTEVES, M. *Loc. cit.*, pp. 16 y ss

⁶⁶ CESAR DE ASSIS, J. «Aplicação da pena no direito militar: análise comparada». *Boletim Científico, Escola Superior do Ministério Público da União* 2002, núm. 3, pp. 49 y ss.

⁶⁷ CESAR DE ASSIS, J. «Limites do ato disciplinar militar». *Revista Direito Militar* 2006, núm. 62, pp. 23 y ss.

⁶⁸ CESAR DE ASSIS, J. «Los reglamentos disciplinares y el respeto a los Derechos fundamentales en Brasil». *REDEM*, núm. 81, p. 223 y ss.

⁶⁹ CESAR DE ASSIS, J. «A lei nº. 9.784/99 e a impossibilidade de sua aplicação nos processos disciplinares militares». *Revista Direito Militar* 2006, núm. 59, p. 9 y ss.

⁷⁰ CESAR DE ASSIS, J. *Curso de direito disciplinar militar: da simples transgressão ao processo administrativo*, 4.^a ed. Curitiba: Juruá 2013; BISERRA ROCHA, E. «Asepectos geris do novo Regulamento Disciplinar do Exército». *Revista Direito Militar* 2003, núm.39, pp. 15 y ss.

gurosa (art. 25). Las faltas, según este reglamento, pueden ser leves o graves atendiendo a su importancia, tipificándose en su art. 7. Para este estudio destacan: a) dar, vender, o empeñar piezas de la uniformidad (art. 7, núm. 44); b) extraviar o dejar que se extravíe cualquier objeto de la defensa nacional o documento oficial, estando bajo su responsabilidad directa (art. 7 núm. 48); c) hacer uso indebido de vehículo, embarcación o aeronave perteneciente a la Marina, si no constituyera delito militar (art. 7, núm.81).

El *Reglamento Disciplinar da Aeronáutica*, aprobado por Decreto n.º 76.322, de 22 de septiembre de 1975, incluye, por su parte, entre otras sanciones disciplinarias, en su art. 15: 1) La detención hasta treinta días; 2) La prisión cumpliendo con el servicio, hasta treinta días, sin hacer servicio, hasta quince días y, en régimen de separación, hasta diez días.

Las infracciones disciplinarias se encuadran dentro del art. 10 del reglamento. Entre ellas, destacan a objeto de este estudio: a) el apropiarse dinero u objetos pertenecientes al Ejército en provecho propio o de tercero (art. 10, núm. 52); b) el servirse de la condición de militar para conseguir ventajas personales (art.10 núm. 62); c) el ser descuidado con los objetos pertenecientes a la defensa nacional (art.10 núm. 81); c) extraviar o dejar que se extravíe cualquier objeto de la defensa nacional o documento oficial, estando bajo su responsabilidad directa (art. 10, núm. 88).

De las tres normas disciplinarias para los Ejércitos de Tierra y Aire existe la división tripartita de las faltas, al clasificarse estas dependiendo de su gravedad en leves, medias y graves, mientras que para la marina solo pueden ser leves o graves.

Las sanciones propuestas en los diferentes textos disciplinarios son similares, destacando la sanción de prisión que equivaldría a la nuestra de arresto en establecimiento disciplinario militar.

1.2.1.2. Paraguay

Rige el CPM de Paraguay, de 18 de diciembre de 1980, que contiene las infracciones penales consideradas con la categoría de delito y también aquellas otras infracciones calificadas como faltas (penal-disciplinario militar), tanto para tiempo de paz como para tiempo de guerra. Es un texto del sistema de código penal autónomo no puro, en el sentido de que también se incluyen en él las faltas disciplinarias⁷¹.

⁷¹ YUSTE, J.; VALIENTE, H. «FAS y Derechos Humanos». *Derechos Humanos en Paraguay* 1997, p. 146.

El texto penal militar paraguayo tiene una sistemática dispersa respecto a lo que en el texto penal militar español se consideran delitos contra la Hacienda o patrimonio en el ámbito militar. Así se tiene que acudir a diferentes capítulos del título II, del libro I del CPM⁷².

Bajo la rúbrica «Delitos contra la Administración Militar» en el capítulo V del título II del libro primero se encuentra el art. 100, que sanciona con la pena de uno a tres años de prisión militar⁷³ al militar que, teniendo a su cargo la fabricación, provisión o custodia de materiales o mercadería para uso de las FAS, los falsifique, altere o de cualquier modo disminuya la cantidad, el peso y la calidad de estos.

El bien jurídico protegido para el legislador paraguayo es la Administración Militar, intentando proteger el adecuado abastecimiento de los Ejércitos paraguayos y la protección de estos⁷⁴.

En el capítulo XVI, del mencionado título II, se encuentran los artículos 188 a 190 referidos a la malversación. En estos preceptos se intenta proteger el deber de fidelidad e integridad que el militar debe tener con la Administración Militar, para no lesionar los recursos públicos militares, ni su correcta gestión⁷⁵.

Así, el artículo 188 tipifica a) el militar que trafique, enajene o sustraiga en provecho propio o ajeno, recursos propios de la unidad, víveres, forrajes, armas, municiones, o materiales de guerra de cuya administración, custodia o distribución esté encargado; b) el que, por connivencia con los proveedores, distribuye cosas deterioradas, inútiles o corroídas o, con intención de hacer lucro, las acepta de ellos con el mismo objeto, por cuenta del Estado y para el servicio; c) el que, en las negociaciones con proveedores, favorece maliciosamente a alguno de ellos en perjuicio del Estado; d) el que, en la presentación de cuentas, defraudare con documentos falsos; e) todo el personal de las FAS de la nación que dé en prenda o venda municiones, armas, vestidos o forrajes de los que le están confiados en razón de su empleo.

Por su parte, el artículo 190 señala con qué pena será castigado el malversador dependiendo del valor cuantitativo de la malversación, siendo la

⁷² CENTURIÓN ORTIZ, R. *Justicia Militar. Una aproximación al Derecho Penal paraguayo*. Asunción: Servilibro 2004.

⁷³ La prisión militar consiste en estar el condenado encerrado en lugares destinados a este efecto, bajo especial disciplina. El mínimo es un año, y el máximo de veinticinco años, llevando siempre anexa la separación del servicio, que consiste en la baja absoluta con pérdida del grado y las condecoraciones nacionales (artículo 50 CPM paraguayo).

⁷⁴ CENTURIÓN ORTIZ, R. *Código Penal Militar y Código Procesal Penal Militar del Paraguay comentado*. Asunción: Intercontinental 2012, p. 288.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 289.

pena mínima un año de prisión y la pena de prisión máxima de diez años. Se impondrá pena mayor cuando estemos ante el supuesto de la letra *d*, anteriormente referido. La agravante a destacar y que conllevaría la pena capital, se produce cuando, a consecuencia de la distribución de cosas deterioradas, inútiles o corroídas, se diera lugar al resultado de muerte.

El CPM paraguayo regula del art. 191 al art. 196 diferentes supuestos bajo la rúbrica de la defraudación. En este tipo de delitos se intenta proteger a la Administración Militar del engaño o fraude⁷⁶.

Es relevante la figura atenuada del art. 194, consistente en una aminoración de la pena, siempre que el autor repare o devuelva lo defraudado antes de que el daño cause grave entorpecimiento al servicio, las operaciones o los intereses de los afectados. También destaca la agravante de que como consecuencia de las actuaciones fraudulentas, se produce una epidemia o da lugar a alguna muerte⁷⁷.

Bajo la rúbrica «De la venta, empeño u ocultación de efectos militares» se encuentran el art. 212 y el 213. El primero castiga al que haya vendido, dado en prenda, regalado, permutado o enajenado objetos de vestuario o equipo, de armas de guerra, municiones, salvo los casos en que se permita la venta, con pena de prisión militar, al igual que el militar que inutilice dolosamente cualquiera de los objetos antes expresados. Respecto al segundo de estos preceptos se sanciona al militar que hubiese dispuesto por cualquiera de los modos antes señalados del armamento, municiones de guerra u otros efectos pertenecientes a las FAS con dos agravantes. La primera es la reincidencia sobre dicho delito. La segunda se aplicará siempre que los objetos de los que se haya dispuesto sean armas o municiones de guerra.

Otro ejemplo de la diferencia sistemática seguido en este CPM paraguayo con respecto al español se encuentra dentro de los preceptos previstos para el robo, hurto y estafa (artículos 214 a 230)⁷⁸.

Establece cuáles son las circunstancias atenuantes y agravantes de una forma bastante amplia en sus artículos 62 y 63.

⁷⁶ WINER, S. «Las políticas de seguridad y defensa en Paraguay: Perspectivas y desafíos frente al nuevo escenario político». *Esboços-Revista do Programa de Pós-Graduação em História da UFSC* 2009, vol. 15, núm. 20, p. 67.

⁷⁷ CENTURIÓN ORTIZ, R. *Op. cit.*, pp. 302 y ss.

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 361 y ss.

1.2.2. Modalidades de CPM en zona europea

1.2.2.1. Alemania

Sobre la normativa penal militar alemana en España son varios los autores que han escrito tanto sobre la República Federal Alemana⁷⁹ como de la extinta República Democrática de Alemania⁸⁰.

Tras la unificación rige la Ley Penal Militar de la República Federal Alemana, de 30 de marzo de 1957⁸¹, en la versión aprobada el 24 de mayo de 1974⁸², que fue modificada en el año 2005.

Además, existe lo que Calderón Susín llama «Administración de la Justicia militar», que son un conjunto de normas complementarias a la ley penal alemana⁸³.

El texto penal alemán se estructura en dos partes. La primera parte recoge las especificaciones generales y consta de quince artículos. La segunda parte va del art. 16 al art. 48 y está dedicada a los concretos tipos de delito castrense. También destaca la remisión al derecho penal común, como derecho supletorio (artículo 3) y que, en todo el articulado, no se hace mención al estado de guerra, sino al término *defensa*⁸⁴.

Entre los preceptos a comparar con los delitos contra la Hacienda o patrimonio en el ámbito militar en España, solo merecen mención el art. 46 y el art. 48, ya que el texto alemán es escueto y totalmente complementario del texto común.

El artículo 46, bajo la rúbrica de «Uso ilícito de las armas», establece que «el que haga un uso ilícito de las armas será castigado con hasta un

⁷⁹ Sobre ello, publica Antonio MILLÁN GARRIDO en *REDEM*, núm. 43, Madrid (julio-diciembre) 1983, pp. 111 y ss. También destaca el artículo de CALDERÓN SUSÍN, E. «La Ley penal militar alemana de 1974, comentarios y notas». *Cuadernos de la Facultad de Derecho de Palma de Mallorca* 1984, núm. 8, pp. 118 a153.

⁸⁰ Rodríguez Devesa escribe diferentes artículos sobre derecho comparado en la *Revisita Española de Derecho Militar*. Entre ellos en el ámbito que ocupa este epígrafe dos. Estos son: 1) «La legislación militar de la República Federal Alemana». *REDEM* 1956, núm. 2, pp. 59 y ss.; 2) «La Ley penal militar alemana de 30 de marzo de 1957, introducción, traducción y notas». *REDEM* 1957, núm. 4, pp. 69 y ss.

⁸¹ ARNDT, H. *Grundriss des Wehrstrafrechts*. München-Berlin 1966.

⁸² SCHOLZ, J. *Wehrstrafgesetz*. München 1975; SCHWENCK, H. G. *Wehrstrafrecht unf System des Wehrrechts und in der gerichtlichen Praxis*. Frankfurt 1973.

⁸³ MILLÁN GARRIDO, A.; DEL VALLE PÉREZ, M. E. «Textos complementarios de la Ley penal militar alemana». *REDEM* 1997, núm.70, pp. 175 a194.

⁸⁴ SANDOVAL CORONADO, JUAN CARLOS. «La bipolaridad “Guerra-Paz” y los límites materiales entre la legislación penal militar y la legislación penal común». *Revista General de Derecho Penal* 2011, núm. 15, pp. 26 y ss.

año de prisión, a no ser que el hecho tenga señalada en otro precepto una pena más grave».

Por su parte, el artículo 48, referido a «Infracción de otros deberes relativos al servicio», señala que se aplicará el Código Penal común en una serie de delitos⁸⁵, entre los que se encuentra el cohecho, la prevaricación, las lesiones cometidas en el ejercicio de la función, falsificación documental, entre otros. Además, equipara los oficiales y suboficiales a los funcionarios públicos y su servicio militar a la función pública y los individuos de tropa a los funcionarios públicos.

Por todo ello, respecto al texto penal castrense alemán, se puede concluir que en los delitos que se consideran similares a los que en España se conocen como delitos contra la Hacienda o patrimonio en el ámbito militar, se aplicará la normativa penal común.

El régimen jurídico disciplinario se recoge en el Código Disciplinario Militar, en su versión de 16 de agosto de 2001, modificada el 17 de diciembre de 2008, que regula en sus párrafos 22 y siguientes los distintos tipos de medidas disciplinarias simples, entre las que se incluyen el confinamiento en el cuartel⁸⁶ y el arresto disciplinario⁸⁷.

Las faltas disciplinarias vienen recogidas en el estatuto del personal militar.

1.2.2.2. Bélgica

El Código Penal Militar del Reino de Bélgica está contenido en la Ley de 27 de mayo de 1870⁸⁸.

Las penas militares previstas en el CPM de Bélgica son, según el art. 1.º, en materia criminal la muerte en las armas (fusilamiento) y, en materia

⁸⁵ El art. 48 se considera por ello un auténtico cajón de sastre.

⁸⁶ El párrafo 25 se refiere específicamente al confinamiento en el cuartel, estableciendo que este significa que al militar le está prohibido abandonar su alojamiento militar sin autorización; que tendrá una duración de tres días, como mínimo, y tres semanas, como máximo, y que solo puede imponerse a aquellos militares que están obligados a vivir en alojamientos comunales.

⁸⁷ El párrafo 26 regula escuetamente el arresto disciplinario, señalando que el mismo supone privación de libertad y que su duración será de tres días, como mínimo, y tres semanas, como máximo. Las condiciones de ejecución de esta sanción se detallan en el párrafo 53, en el que se dispone que durante la ejecución de esta medida se promoverá la instrucción del militar, quien, como regla general, deberá realizar sus cometidos, si bien su participación podrá limitarse a determinado tipo de servicios o por un cierto tiempo.

⁸⁸ ELENS, J. F. «L'évolution actuelle de la justice militaire en Belgique». *Recueils de la Société*, VIII, pp. 607 y ss.

correccional, la prisión militar. La degradación militar y la destitución son penas que pueden imponerse tanto para materia criminal como correccional.

Los preceptos equiparables a los delitos contra la Hacienda o patrimonio en el ámbito militar español son los previstos en el artículo 54 y siguientes hasta llegar al artículo 57 (inclusive), bajo la rúbrica «Y de la venta de efectos militares», por lo que el bien jurídico protegido son los bienes militares o de interés similar.

Dispone el código belga que serán penados conforme a las disposiciones del Código Penal ordinario: 1) los militares que roben armas, municiones, objetos militares o destinados al campamento militar o habitáculo militar, o aquellos objetos que sean propiedad del Estado y estén confiados a ellos (art. 54); 2) el militar que sin tener bajo su custodia efectos o bienes militares, los sustraiga fraudulentamente (art. 54).

Se establecen dos agravantes específicas, dependiendo de si el que realiza la acción el oficial, suboficial, cabo o brigadier. De tal manera que: 1) si el que realice este tipo de acciones es un oficial, además de la pena prevista en el Código Penal común, será destituido (art. 54); 2) en el caso de ser un suboficial, cabo o brigadier será castigado con la degradación de empleo (art. 54). También serán penados conforme con las disposiciones del Código Penal común u ordinario, con un mínimo de seis meses de prisión, el militar que se reputa culpable del perjuicio o daño causado a un habitáculo o residencia militar (art. 55).

La pena de prisión militar será de un mes a un año para los suboficiales, cabos, brigadier o soldados que vendan, donen, cambien destruyan o regalen de cualquier manera efectos u objetos de intendencia de avituallamiento, o de equipos de armamento (art. 56). La misma pena será aplicable a los que se ausenten del destino si no devuelven cualquiera de los objetos mencionados en los artículos precedentes a no ser que se justifique que existe causa de fuerza mayor (art. 57).

En materia disciplinaria rige el Reglamento de Disciplina de las FAS, aprobado por Ley de 14 de enero de 1975⁸⁹. Las sanciones disciplinarias se regulan en los arts. 22 y siguientes. En el primero de los cuales se relacionan dichas sanciones, entre las que se encuentran la consigna, los arrestos simples y los arrestos de rigor.

La falta disciplinaria concordante con las previstas en la normativa disciplinaria española, se encuentra en el art. 17 del Reglamento Disciplinario de las FAS belgas, según el cual los militares deben velar por la salvaguar-

⁸⁹ GILISSEN, J. «Derecho penal militar y Derecho disciplinario militar». *REDEM* 1977, núm 33-34, pp. 13 y ss.

dia de los intereses morales y materiales del Estado, asegurándose de que el personal cumple debidamente sus obligaciones de servicio y que conoce la utilización y la conservación de los recursos materiales y financieros que están disponibles para ellos o de los que son responsables.

1.2.2.3. Holanda

En Holanda rige el *Militair Strafrecht*, de 27 de abril de 1903, y en él goza de gran tradición el estudio del derecho militar⁹⁰. En el art. 2 del CPM se recoge la cláusula de remisión al derecho común⁹¹.

Dentro del libro II, en el título XI encontramos los delitos contra los bienes⁹², que son aquellos que principalmente podemos asimilar como nuestras infracciones contra la hacienda o patrimonio en ámbito militar.

A continuación se recogen los casos previstos en el CPM holandés: 1) el militar que robara a algún habitante o persona alojada en vivienda pública con ocasión de estar allí (art. 151); 2) el robo cometido en un lugar en que el militar tiene la guardia o la vigilancia asignada (art. 152); 3) el robo cometido por militar cuando las FAS están en pie de guerra, sirviéndose de ocasión para robar a un muerto, herido o enfermo en combate (art. 153, 155 y 156); 4) el caso de la ocultación o encubrimiento, es decir el comprar, alquilar, dar en prenda, conservar o esconder, recibir obsequio, con vistas a tener un provecho de un objeto obtenido con la ayuda de un delito (art. 157 y art. 158); 5) el que intencionadamente inutilice un animal de uso de las FAS (art. 159); 6) el destruir o hacer inutilizable material de guerra, librarse de armas, municiones o víveres, hecho cometido por un militar que pertenece a las FAS puestas en pie de guerra (art. 160); 7) el vender, cambiar o extraviar efectos de vestuario o equipos militares por un militar perteneciente a las FAS en pie de guerra (art. 161). La pena principal es de prisión y también se establece la de multa como accesoria⁹³.

⁹⁰ MASIDE MIRANDA, L. *Panorámica de Derecho comparado sobre la organización de la Justicia Militar*, 1997.

⁹¹ DE LEÓN VILLALBA, F. «Complementariedad del Derecho penal militar. Hacia un modelo de reforma». *Revista de Derecho Penal y Criminología* 2010, núm. 4, p. 121.

⁹² CLAREMBEEK, T. «La evolución actual de la justicia militar en los Países Bajos». *Recueils de la Socienda Internacional de Derecho Penal Militar y de Derecho de la Guerra* 1979, pp. 809 y ss.

⁹³ *Ibidem*, pp. 810 y ss.

1.2.2.4. Italia

Italia tiene dos CPM, el de paz y el de guerra⁹⁴. Ambos textos marciales militares son promulgados en Roma el 20 de febrero de 1941, cuando gobernaba el país Mussolini⁹⁵. Ambos son textos muy completos y extensos en la materia del derecho penal militar y base de otras legislaciones de la familia latina, especialmente, en la hispanoamericana⁹⁶.

Fundamentalmente se tratará en esta sede de la legislación militar penal para tiempos de paz⁹⁷. Ello es así porque es en ese texto donde se recoge la base normativa que ha de utilizarse para la aplicación del CPM para tiempos de guerra⁹⁸, ya que en su mayoría, las disposiciones del CPM para tiempos de guerra no son más que un endurecimiento de las penas previstas para estos delitos cometidos en tiempos de paz⁹⁹.

Los delitos militares que se pueden considerar equivalentes a los delitos contra la hacienda o patrimonio en el ámbito militar en el derecho penal militar español se recogen dentro del título II del libro II del Código Penal Militar para tiempos de paz.

Se encuentran incluidos como delitos contra el servicio¹⁰⁰, por lo que se desprende de su encuadramiento, que el bien jurídico fundamental que se intenta preservar es el servicio militar. La comisión de estos ilícitos ofendería la integridad del servicio militar a través del deterioro de los bienes que se consideran bienes militares.

La lectura de los preceptos permite llegar a la conclusión de que se tutela en los mismos el servicio militar objetivamente considerado¹⁰¹, para garantizar el potencial bélico del Estado¹⁰², quedando la propiedad como

⁹⁴ *Codice penale militare di pace (CPMP) y di guerra (CPMG)*.

⁹⁵ GHISALBERTI, C. *La codificazione del diritto in Italia, 1865-1942*. Laterza, 1985

⁹⁶ JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, F. *Introducción al Derecho Penal Militar*. Madrid: Cívitas, p.133.

⁹⁷ MALIZIA, S. *Codici penali militari di pace e di guerra, annotati con la giurisprudenza*. Milano: A. Giuffrè 1971.

⁹⁸ CIARDI, G. *Istituzioni di diritto penale militare*. Ateneo 1950, vol. 2.

⁹⁹ Sobre el anterior código militar de guerra existe un estudio. MANZINI, V. *La legislazione penale di guerra*. Torinensi: Unione tip.-editrice, 1918.

¹⁰⁰ MANZINI, V. *Commento ai Codici penali militari per l'Esercito e per la Marina*. Fratelli Bocca 1916; VENDITTI, R. *Il reato contro el servizio militare e contro la disciplina militare*. 4.ª ed. Milano: Giuffrè Edit. 1995, pp. 7 y 8.

¹⁰¹ La antijuricidad material se contrae en este tipo de delitos a la lesión o peligro que comportan a los Ejércitos para que sean eficaces, que solo y exclusivamente serán eficaces y plenos cuando todos los elementos que lo comportan funcionan exactamente, aunque sean los engranajes más modestos y secundarios. VENDITTI, R. *Op. cit.*, pp. 7 y 8.

¹⁰² MANZINI, V.; NUVOLONE, P.; PISAPIA, G. D. *Trattato di diritto penale italiano*. Unione tipografico-editrice torinese 1961, vol. 9.

bien jurídico protegido por debajo del mismo¹⁰³. En mi opinión, no se encuentra una naturaleza diferente a la prevista en nuestro Código Penal marcial respecto a los delitos contra la Hacienda o patrimonio en el ámbito militar, protegiendo el patrimonio militar genéricamente considerado¹⁰⁴.

Destacan los capítulos I y IV del título IV del libro II, referentes al peculado y malversación militar y a los delitos contra el patrimonio respectivamente. En cuanto a los delitos de peculado y malversación militar, se recogen del art. 215 al art. 219.

Las figuras básicas son: 1) el militar a cargo de funciones administrativas o de mando que, por razón del mismo, está en posesión de dinero u otros bienes muebles pertenecientes a la Administración Militar y se apropia de ellos (art. 215). La pena será de prisión militar; 2) el militar a cargo de funciones administrativas o de mando que, por razón del mismo está en posesión de dinero u otros bienes muebles pertenecientes a otro militar y se apropiare de ellos (art. 216). La pena será prisión militar de dos a ocho años; 3) el militar que se sirve del error de otro con el propósito de beneficiarse para sí o para tercero de dinero u otra cosa perteneciente a otro militar o a la Administración Militar (art. 218). La pena será de prisión militar.

Los delitos contra el patrimonio que se recogen son el hurto militar, robo de uso sobre cosas de escaso valor u objetos de vestuario o equipamiento, la estafa, la apropiación indebida, la apropiación de cosas perdidas u obtenidas por error o accidente y la receptación¹⁰⁵.

El art. 230 CPMP se refiere al hurto militar. Este consiste en que un militar, en lugar militar, se apropiare con el fin de obtener ganancias para sí o para otro, de cosa mueble de otra persona. Se establecen como circunstancias agravantes específicas para el hurto militar: a) cometer el hurto militar en detrimento de la Administración Militar; b) hace uso de violencia en las cosas o valerse de cualquier medio fraudulento; c) si el culpable lleva arma o narcótico; d) si el acto se comete con destreza o arrancándolo de las manos o cuerpo de la persona; e) si el delito es cometido por tres o más personas.

Al robo o hurto a un superior se refiere el art. 232 CPMP, entendiendo que también se comete robo o hurto al superior cuando se cometa en la

¹⁰³ Servicio militar objetivamente considerado.

¹⁰⁴ Al respecto se debe de señalar que entiendo que esta argumentación tiene un apoyo importante en autores de la doctrina española como son Calderón Susín o Millán Garrido. Véase MILLÁN GARRIDO, A. «Contestaciones al cuestionario elaborado por la Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército, III». *Loc. cit.*, pp. 218 y 219.

¹⁰⁵ TENCATI, A. *I codici penali militari e le leggi complementari: illustrati con il commento e la giurisprudenza*. La Tribuna 2000.

vivienda o aposentos del superior causando daño a alguna de las personas con la que convive.

El art. 233 recoge tres casos distintos de robo de uso sobre cosas de escaso valor y el robo de objetos de vestuario a equipamiento: a) si el culpable actúa con el único propósito de hacer uso temporal de lo sustraído, y tras ello devuelve la cosa inmediatamente; b) si el hecho se comete en cosas de escaso valor, provocados por una grave y urgente necesidad; c) si se comete el robo sobre vestuario o equipo militar para superar las deficiencias de su equipo. En estos casos la pena será de hasta seis meses de prisión militar.

También se recoge como delitos contra el patrimonio, el delito de estafa (*truffa*)¹⁰⁶. La conducta típica la comete el militar que mediante artificio o engaño induce a alguien a error procurándose para sí u otro un provecho injusto en perjuicio de otro militar. La pena será prisión militar. Se establecen para la estafa militar las siguientes conductas agravadas: 1) que el hecho cause daño o perjuicio a la Administración Militar o se realice con el pretexto de exonerar a alguien del servicio militar; 2) si la acción provoca en el ofendido el temor a un peligro imaginario o la creencia errónea de tener que ejecutar una orden de la autoridad.

En la apropiación indebida, el tipo básico consiste en que el militar se procure para sí o para otro una ganancia injusta, apropiándose del dinero cosa mueble de otro militar que tenga razón de la posesión (art. 235). El tipo agravado se da si el delito se comete sobre bienes que están en concepto de depósito necesario o que pertenecen a la Administración Militar (art. 235 párrafo 2.º). El tipo atenuado se da si se comete el delito sobre vestuario y equipo militar, con la intención de compensar las deficiencias de su propio equipo (art. 235 párrafo 3.º).

Los casos de apropiación de cosas perdidas u obtenidas por error o accidente son: a) el militar que se encuentra en lugar militar dinero u otras cosas perdidas o extraviadas y se apropiara de ellas sin entregárselas a un superior en el plazo de veinticuatro horas (art. 236); b) el militar que se apropiara de cosas que llegan a sus manos por error o accidente perteneciente a otra administración o la Administración Militar (art. 236). La pena será la prisión militar hasta seis meses, salvo que el culpable conociera quien era el dueño de la cosa, en cuyo caso la prisión podrá ser de hasta doce años¹⁰⁷.

¹⁰⁶ BRUNELLI, D.; MAZZI, G. *Op. cit.*, p. 180.

¹⁰⁷ PASCULLI, L. «Re-Education and Military Punishment (Rieducazione e Pena Militare Italian)». *Diritto Penale-Studi* 2006.

El último de los delitos previstos es el de la receptación, cuya conducta típica consiste en el militar que, con el fin de obtener beneficio para sí u otro, compre, reciba o esconda dinero o bienes procedentes de cualquier delito militar o intervenga en la compra u ocultación (art. 237).

Es destacable que en todos los delitos se imponga la pena de prisión militar y también¹⁰⁸, como pena accesoria la degradación o la *rimozione*¹⁰⁹.

En cuanto al régimen disciplinario se incluye en el Código del Ordenamiento Militar, aprobado por el Decreto Legislativo núm. 66, del 15 de marzo de 2010, del que interesan los arts. 1357 y ss. En ellos se establece una diferenciación entre las sanciones disciplinarias estatutarias y las sanciones disciplinarias de cuerpo, estando incluidas en estas últimas la consigna y la consigna de rigor.

El código del ordenamiento militar es un cuerpo amplio, con un total de 2272 artículos, que establece las infracciones y deberes militares tanto estatutariamente (es decir, genéricamente considerados como miembros de las FAS), como por cuerpos. No es igual ser piloto de avión de combate que intendente, recogiendo a lo largo de su articulado distintas infracciones contra los bienes y recursos materiales de los diferentes institutos armados y de la defensa, destacando lo dispuesto en su libro II, referido a los bienes de la defensa (art. 278 y siguientes).

1.2.2.5. Suiza

En Suiza rige el CPM de 1927. En este código destaca su rigor técnico, claridad y sujeción al principio de especialidad frente a la ley penal común¹¹⁰ y por ello, advierte Jiménez «ha influido poderosamente en autores y legisladores»¹¹¹.

El CPM está dividido en tres libros. El primero se refiere al derecho penal militar¹¹², el segundo a las disposiciones relativas a las infracciones disciplinarias¹¹³ y el tercero regula la entrada en vigor del CPM y su aplicación¹¹⁴. Al objeto de este estudio destacan los crímenes o delitos contra

¹⁰⁸ LANDI, G. *Manuale di Diritto e di Procedura Penale Militare*. Milan, 1976.

¹⁰⁹ Consiste en privar al delincuente de su rango militar, y hacerlo descender a soldado raso o de última clase del Ejército (art. 29, CPMP).

¹¹⁰ JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, F. *Op. cit.*, p. 142.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² Art. 1 a 179 CPM.

¹¹³ Art. 180 a 214 CPM.

¹¹⁴ BARRAS, R. «La evolución actual de la justicia militar en Suiza». *Recueils de la Societad de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre* 1979, VIII, pp. 877 y ss.

el patrimonio (arts. 129 a 140), el cohecho y gestión desleal (art. 141 y siguientes).

Dentro de los delitos contra el patrimonio se recogen diversas figuras, como son: 1) el apropiarse de bien mueble o proporcionárselo a un tercero (art. 129, 133, 133 a); 2) el abuso de confianza, referido a usar cosa que le ha sido confiada en su beneficio o de tercero sin derecho a ello (art. 130). Se establece una agravante específica para el caso de que el abuso de confianza se cometa en contra de su jefe o subordinado, compañero, o si se apropia de la cosa que se le confía por razones del servicio (art. 130); 3) el dañar, destruir o inutilizar cosas ajenas (art. 134), agravándose la pena si causa un daño considerable o estando en tiempos de guerra lo realiza por malicia o capricho (art. 134.3); 4) el inducir a error a otro o engañarlo mediante declaración falsa u ocultamiento para obtener un provecho para sí o para tercero, causando a la víctima un perjuicio económico (art. 135). Es agravante el que la víctima sea el jefe, subordinado o compañero, o si se comete como medio habitual (como profesión) (art. 135). Es atenuante si lo hace sin ánimo de enriquecerse; 5) el no pagar el alojamiento, comidas y servicios en restaurante o posada (art. 136); 6) extorsionar o chantajear (art. 137a); 7) la ocultación del delito patrimonial (art. 137b); 8) sustraer estando en servicio activo o en tiempo de guerra alimentos equipos de vestuario o efectos de uso general para su uso particular (art. 138).

Otro delito es el robo en: a) en lugar donde accede al tener la facultad de servir o haber servido allí (art. 131); b) como miembro de una banda armada, con pistola o arma peligrosa, o si la forma de actuar es especialmente peligrosa (art. 131); c) con violencia contra la persona, amenazándola de un peligro inminente para la vida o la integridad corporal, o que se es incapaz de resistir (art. 132). La pena se agravará si lo comete con banda armada, con medios particularmente peligrosos o si pone a la víctima en peligro de muerte, lesión corporal grave o le trata con crueldad.

La pena a imponer es, principalmente, la pena de prisión o la pena de multa. Si el hecho revistiera poca gravedad se castigará como falta disciplinaria o contravención.

Los delitos del capítulo 9 referido a la corrupción y la gestión desleal son: 1) el cohecho activo (art. 141) y el pasivo (art. 142); 2) la concesión de ventajas indebidas (art. 141a) o la solicitud de estas (art. 143). No se consideran ventajas indebidas aquellas autorizadas por los reglamentos del servicio, ni las de baja importancia en los usos sociales (art. 143a 2). La pena a imponer será prisión o multa. En el caso de que el hecho revistiera poca gravedad se castigará como falta disciplinaria o contravención.

El libro II del CPM, sobre «Disposiciones relativas a las faltas disciplinarias», fue objeto de reforma por medio de Ley Federal, de 3 de octubre de 2003. Entre las sanciones disciplinarias que se recogen aparecen, entre otras, la privación de salida¹¹⁵ y los arrestos¹¹⁶.

1.2.3. Particularidades de CPM en la región africana: El Congo

En El Congo rige el CPM aprobado por Ley núm. 024/2002, de 18 de noviembre de 2002¹¹⁷, que solo incluye la normativa penal. En el CPM de El Congo se recogen dos tipos de infracciones. Las de orden militar, que son las que solo pueden ser cometidas por un militar o asimilado; y, por otro lado, las infracciones mixtas, que son infracciones de derecho común, agravadas en razón de las circunstancias de perpetración y que se castigan tanto en el CP común, como en el CPM (art. 39 CPM).

El art. 1 CPM establece la aplicabilidad de la parte general del CP común en todo lo que no se oponga al CPM.

Las infracciones equiparables a las previstas en España contra la Hacienda o patrimonio en el ámbito militar, se recogen en el libro II del CPM, principalmente, dentro del capítulo de dedicado a las infracciones contra el honor y el deber, en el que se incluyen diversos delitos como el pillaje, la destrucción, los fraudes, las falsificaciones y las corrupciones.

En la sección dedicada a los fraudes, falsificaciones, desvíos y corrupción, destacan los siguientes supuestos: 1) la del militar o civil encargado en el seno de las FAS o del Ministerio de Defensa de la contabilidad, fondos o materiales que cometa una falsificación en las cuentas o haga uso de actos falsos (art. 71); 2) el emitir informes falsos alterando datos o disfrazando la situación de los medios de defensa u otros datos de información operacional (art. 72). Para este ilícito se establecen dos agravantes. Una si esos hechos se cometen en tiempo de guerra en medios de defensa nacional o de interés para la Defensa (art. 72) y dos, si con el empleo falso se ocasionare la pérdida parcial de material o la destrucción de parte de una unidad o de las tropas (art. 72). En este caso la pena a imponer será la pena de muerte; 3) el militar o asimilado que intente falsificar o falsificare documentos, sustancias, materiales, productos alimenticios, bebidas bajo su custodia o supervisión y que, a sabiendas de ello, las distribuyera o las hiciera dis-

¹¹⁵ A la privación de salida se refiere el art. 187.

¹¹⁶ Los arrestos se regulan en los arts. 190 a 192.

¹¹⁷ «Les Codes Larcier, Republica democrática du Congo». *Droit privé et judiciaire*, tomo I, Bruxelles: Editions Larcier 2003.

tribuir (art. 73); 4) el disipar, robar, desviar armas, munición, vehículos, dineros, efectos u otros objetos entregados al militar o asimilado para el servicio perteneciente (dichas cosas) a las FAS o al servicio del Estado (art. 74); 5) la apropiación indebida de fondos o el desvío de caudales públicos por parte del jefe de unidad u oficial encargado de las finanzas, al utilizar el dinero dirigido a las retribuciones de los soldados para fines distintos sin la previa autorización del Ministerio de Defensa (art. 75); 6) la persona al servicio de las FAS, el Ministerio de Defensa, de la Policía Nacional congoleña, que por sí misma o por persona interpuesta exija, tome o reciba en su propio interés actos, adjudicaciones a empresa o empresas de las que sea o haya sido administrador o haya formado parte de ella (art. 76); 7) el recibir, exigir u ordenarlo percibir, aunque sea con autorización de la autoridad, lo que sabía que legalmente no le correspondía por su exceso o que no era debido (art. 77); 8) la autoridad pública que, bajo la forma que sea y por el motivo que sea, sin que esté avalado por una norma, haya concedido percepción indebida (art. 77).

El código también se refiere a las incompatibilidades una vez que se deja la función de militar o asimilado. Los casos que se recogen son: a) supervisar u controlar una empresa privada con la que tuvo relación como militar o asimilado hasta que no pasen cinco años desde el cese en la función pública (art. 78); b) realizar en nombre del Estado contrataciones de cualquier naturaleza con empresas privadas; c) expresar opiniones (asesorar), en materia de contratación con la administración estatal a una empresa privada durante los cinco años siguientes al cese en su función como militar o asimilado, o recibir dinero de las empresas citadas (art. 78).

1.3. SISTEMA DE CÓDIGO ÚNICO O COMÚN

Este sistema ha sido el propio de los países del este europeo¹¹⁸, y a regímenes comunistas como Corea del Norte.

En esta sede se hará referencia a dos textos. El de Rusia, debido a que es una de las potencias militares más importantes. Y el de la República Argentina, al ser el último país que se ha incorporado a este sistema.

Esta técnica legislativa ofrece el atractivo de la simplificación y depura hasta el máximo la legislación penal militar sustantiva, quedando reducida hasta el punto de perder incluso su especialidad o complementariedad ya

¹¹⁸ Albania, Bulgaria, Hungría, Polonia, Rumanía, entre otros.

que pasa a formar parte del derecho penal común y pierde así su tratamiento autónomo.

1.3.1. Argentina

En esta república latinoamericana regía el antiguo CJM, de 6 de agosto de 1951, pero fue suprimido con la Ley 26.394.

El Código Penal de Argentina se aprobó por la Ley 11 179. Recoge este texto toda la normativa penal de ese país. Entre ellos, los preceptos asimilables a los delitos contra la hacienda o el patrimonio en el ámbito militar. Por ello, en Argentina se aplicará la normativa penal común para lo que en España se conoce como delitos contra la Hacienda o patrimonio en el ámbito militar.

En el anexo IV de la norma citada anteriormente se incluye el régimen disciplinario de las FAS argentinas. En él se contemplan, entre otras sanciones, las de arresto simple y arresto riguroso que, según el art. 16, consisten en restricciones a la libertad del sancionado entre uno y sesenta días.

Las faltas pueden ser leves, graves o muy graves. En el anexo IV de la Ley 26 394 no se establece una relación de faltas disciplinarias, por lo que se deja para posterior desarrollo normativo la regulación de la tipificación de las mismas.

1.3.2. Rusia

La Federación Rusa en materia penal militar tiene su normativa incorporada al Código Penal común¹¹⁹, en concreto, es en la sección XI que lleva por rúbrica «Crímenes sobre el servicio militar», es donde se contienen los delitos de naturaleza militar. De ellos interesan algunos de los preceptos del capítulo 33, como son: 1) la destrucción voluntaria o daño de armamento, munición, equipación militar (art. 346); 2) la destrucción o daño de equipación militar por negligencia (art. 347); 3) la pérdida de parte o todo el equipo militar, producido como consecuencia de la violación por negligencia de las reglas de conservación del armamento, munición y otros equipos destinados al uso oficial (art. 348). Las sanciones que se estable-

¹¹⁹ MELNIKOV VICE, V.I. «La Fiscalía militar en Rusia: historia y actualidad». *El Jurista del Fuero Militar Policial* 2012, núm. 1, pp. 79 y ss.

cen en estos casos son, principalmente, la pena de multa y la privación de libertad en sus diferentes formas.

1.4. FAMILIA ANGLOSAJONA O DE LA *COMMON LAW*

1.4.1. Región de América

1.4.1.1. Canadá

La normativa penal militar de Canadá está contenida en la *National Defense Act-Loi sur la Défense Nationale* promulgada en 1985¹²⁰.

Las infracciones relativas a la propiedad o bienes militares se regulan del apartado 113 al 117¹²¹. Los diferentes supuestos son: 1) El incumplimiento intencional o por negligencia de las ordenes instrucciones o normas, causando o pudiendo causar un incendio en materiales de defensa o en establecimiento o lugares de trabajo militar (aptdo. 113). La pena será la prisión. Se establece la agravante específica de cometer los actos deliberadamente, en cuyo caso la prisión puede ser perpetua. 2) Robar¹²². La pena será de prisión (aptdo. 114. 1) que se agravará, en los siguientes casos: a) si el autor es el encargado de la custodia o de la distribución del objeto; b) el responsable del objeto como consecuencia de una orden; 3) Recibir o conservar en su poder un bien sobre el que se sabe que se ha obtenido mediante infracción de la normativa militar (aptdo. 115); 4) Destruir o dañar intencionadamente, o perder por negligencia, vender irregularmente bienes públicos o de Fuerzas que cooperen con las de su majestad (art. 116); 5) Intencionadamente destruir o dañar o mal vender algo propiedad de una persona sujeta al Código Disciplinario Militar (aptdo. 116); 6) Vender o

¹²⁰ El texto completo se encuentra publicado por el Ministerio de Justicia de Canadá en: <http://laws-lois.justice.gc.ca>

¹²¹ HOLLIES, J. H. «Canadian Military Law». *Military Law Review* 1961, núm. 13, pp. 69 y ss.

¹²² El concepto a los efectos de la normativa penal militar canadiense de lo que es el robo militar se define en el aptdo. 117. 2 a, y consiste en «tomar o desviar una cosa para su uso personal o fraudulento sin Derecho a ello con la intención de: I) Privar (absoluta o temporalmente) al propietario de la cosa o la persona que tiene Derecho sobre ella; II) pignorarla o depositarla en garantía; III) someter la cosa robada a condiciones que cuando tenga que devolverla no pueda cumplir; IV) usar la cosa objeto de robo, de manera o modo que sea imposible devolver la cosa en el estado en que fue tomada».

pignorar condecoraciones concedidas por su majestad o con su aprobación, o disponer de ellas (aptdo. 116); 7) Cohecho activo y pasivo (aptdo. 117).

La materia disciplinaria militar se halla regulada en la Parte III de la Ley sobre Defensa Nacional (*National Defense Act-Loi sur la Défense Nationale*), en la que se contiene el Código de Disciplina Militar¹²³.

Entre los castigos (*punishments-peines*) que cabe imponer se encuentra la detención (arresto), (apartado 163, núm. 3 y 4).

1.4.1.2. Estados Unidos

En Estados Unidos rige el Código Uniforme de Justicia Militar aprobado por la Ley de 5 de mayo de 1950 (Ley Pública 506), que unifica el ámbito de la justicia militar¹²⁴.

El catálogo de los delitos militares se incluye dentro del décimo de los apartados de la primera sección sin que se pueda sistematizar o agrupar los ilícitos en torno al bien jurídico protegido¹²⁵. Los art. 108 y 109 se refieren a las pérdidas, daños, destrucción o indebida disposición de los bienes de propiedad militar de los Estados Unidos, o bienes no propiedad de los Estados Unidos que se derrochen, inutilicen o destruyan.

Según el art. 108 será sancionada toda persona sujeta al *Uniform Code of Military Justice* que sin la autorización pertinente: 1) vende o enajena; 2) con dolo o negligencia dañe, destruya o pierda; 3) permita que se pierda, dañe o destruya, venda o que se enajene irregularmente cualquier propiedad militar de los Estados Unidos.

Por su parte, el art. 109 se refiere a toda persona sujeta al *Uniform Code of Military Justice* que, sin justificación, derrocha, inutiliza o daña, ya sea por negligencia o voluntariamente, una propiedad que no sea de los Estados Unidos.

La sanción principal será el confinamiento. Además, se imponen las sanciones accesorias de pérdida de salario y prestaciones o del deshonor.

¹²³ MADSEN, C. *Another Kind of Justice: Canadian Military Law from Confederation to Somalia*. UBC Press 1999.

¹²⁴ HERNÁNDEZ OROZCO, J. *Introducción al estudio del Derecho Penal norteamericano*. Madrid: Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército 1962; RODRÍGUEZ, L. «El sistema de Justicia Militar norteamericano y su evolución. En intrincado y necesario balance entre la equidad y la disciplina». *El Jurista del Fuero Militar Policial* 2013, núm. 2, pp. 59 y ss.

¹²⁵ El bien jurídico protegido tiene distintas funciones. Entre ellas se encuentra una primordial, aunque no única, la sistemática. ROXIN, C. «Bien jurídico como instrumento de crítica legislativa». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica* 2013, núm. 15-1, p. 3.

La potestad atribuida al mando militar para castigar ciertas infracciones menores (*minor offences*), se encuentra regulada bajo la denominación de *castigo no judicial*¹²⁶.

Las sanciones privativas de libertad que se prevén son restricción a determinados límites, arresto en el acuartelamiento, custodia correccional; confinamiento a pan y agua.

1.4.2. Región asiática: el caso de India

En este país la normativa penal militar se regula en leyes militares distintas, una para cada uno de los Ejércitos (la *Army Act* de 1950, la *Navy Act* de 1957 y la *Air Force Act* de 1950)¹²⁷. Además, existe la *Defensa Act* de 1971, que no afecta a las infracciones contra los bienes.

En la *Army Act* destacan los apartados 52 y siguientes.

Así se comete infracción militar por una persona sujeta a la jurisdicción militar contra los bienes pertenecientes al Gobierno, el Ejército, la Armada o la Fuerza Aérea: 1) el que robe cualquier bien calificable como tal (apartado 52); 2) el que se apropie indebidamente o destine ilegítimamente para su uso cualquiera de esos bienes; 3) el que abuse de ellos; 4) el que los reciba o retenga los mismos sabiendo o teniendo razón para creer que se han obtenido por la comisión de delito militar; 5) el que destruya alguno de esos bienes si le han sido confiados; 6) el que realice cualquier acción con la intención de defraudar o causar beneficio injusto a otra persona o la pérdida injusta a otra (apartado 53); 7) el que comete extorsión o exige sin autorización a un individuo dinero provisiones o servicios (apartado 53).

También se considera delito militar el robo o su intento y la pérdida de armas, munición, equipos, instrumentos, herramientas u otros bienes propiedad del Gobierno que le son entregados al militar o asimilado para su uso o le han sido confiados (apartado 54) o la destrucción o daños a esos bienes (apartado 55).

En todos los casos, la sanción a imponer es la prisión militar, que iría desde los dos años para acción más leve, hasta los catorce años para las más graves.

¹²⁶ JORG, S. «Amerikaans militair strafrecht». *Militair-rechtelijk Tijdschrift* 1985, pp. 41 y ss.

¹²⁷ *Manual de leyes militares*. Delhi: Metropolitan Bok Company 1951.

1.4.3. Región europea

1.4.3.1. Irlanda

Rige la *Defense Act*¹²⁸ de 1954, que regula lo referente a las infracciones contra la Hacienda o patrimonio en el ámbito militar en los apartados 155 y siguientes de la *Defensa Act*¹²⁹. Los supuestos contemplados son: 1) la persona sujeta a la Jurisdicción Militar que estando encargada del cuidado o distribución de bienes de propiedad pública o militar, los aplicare a fines ilícitos, desfalque, robe o haga la vista gorda a que eso ocurra (apartado 155); 2) el individuo sujeta a la Jurisdicción Militar que obtenga ilegalmente cualquier bien de propiedad pública, militar o de una persona sujeta a la Jurisdicción Militar (apartado 156) o manejarlo o dispone del mismo ilegalmente (apartado 156); 3) el que intencionadamente dañe o cause un perjuicio, derroche o venda incorrectamente, o pierda por negligencia: a) bienes de propiedad pública o militar, b) bienes recibidos para la Instalación Militar o para la cantina o c) bienes aportados por miembros de las Fuerzas de la Defensa para beneficio y bienestar de los miembros de las Fuerzas de la Defensa (apartado 157); 4) el que destruya, dañe o malverse bienes pertenecientes a otra persona sujeta a la Jurisdicción Militar (apartado 157); 5) el que cometa fraude, soborno o cohecho activo y pasivo (apartado 158). En todos los casos, la pena a imponer es la de prisión militar que se modulará dependiendo de la gravedad de la conducta ilícita realizada.

El régimen de disciplina militar se encuentra regulado en la parte V de la Ley de Defensa (*Defense Act*) de 1954. Entre las sanciones se encuentran detención y el confinamiento en el cuartel.

1.4.3.2. Reino Unido

En el Reino Unido en materia de Derecho militar rige la *Armed Forces Act* de 2006, que unifica la normativa militar propia de cada uno de los Ejércitos.

Dentro de la *Armed Forces Act* interesa el capítulo 52, en concreto las secciones 24, 25 y 26 referidas a las ofensas a la propiedad.

¹²⁸ Ley de Defensa de 1954.

¹²⁹ MURPHY, R. «Comparative Analysis of the Municipal Legal Basis for Canadian and Irish Participation in United Nations Forces». *Mil. L. & L. War Rev.* 1999, núm. 38, p. 163.

Las penas o sanciones a imponer se establecen en la sección 164. Estas son la prisión, la degradación, la pérdida de antigüedad o de puestos en el escalafón o separación del servicio. Se definen en la sección 172 y siguientes.

La Ley de las FAS (*Armed Forces Act*) de determinadas infracciones que cabe calificar como faltas disciplinarias o contravenciones. El apartado 132 tipifica las sanciones que se pueden, entre las que se menciona la *detention*.

2. CARACTERES GLOBALES EN EL DERECHO COMPARADO

Examinada una pluralidad importante de sistemas en donde se recogen una gran diversidad de tipos que se equiparan a las infracciones contra la Hacienda o patrimonio en el ámbito militar, en un limitado análisis comparativo cabe extraer las siguientes consideraciones que se agrupan por categorías.

2.1. NATURALEZA MILITAR O COMÚN, PENAL O ADMINISTRATIVA

Del análisis expositivo de la legislación extranjera se desprenden cuatro situaciones distintas que son las siguientes: 1) legislaciones que incluyen estas infracciones en los textos punitivos castrenses de forma específica (Bélgica, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Congo, Estados Unidos, Francia, Holanda, India, Irlanda, Italia, Mali, Marruecos, México, Paraguay, Perú, Portugal, Reino Unido, Rusia); 2) legislaciones que remiten a la normativa penal común como es el caso de Alemania; 3) legislaciones que lo regulan directamente en las normas comunes como ocurre en Argentina y Rusia; 4) legislaciones que, en cambio, ni siquiera las mencionan o no hace referencia a aquellos delitos o infracciones contra los recursos económicos de las FAS. El ejemplo es Portugal.

La gran mayoría de los países expuestos recogen como infracciones militares los supuestos contemplados en nuestro país como infracciones contra el patrimonio en el ámbito militar.

Dentro de aquellos países que incluyen este tipo de infracciones en las normas penales castrenses, algunos tienen el viejo sistema de código integral y otros el de códigos separados (destacando estos últimos). Además, en la mayoría de los casos, se diferencian las infracciones penales de las disciplinarias, regulándose estas últimas en otros textos.

Una consecuencia de esta diversidad de regulación respecto a una materia concreta implica que muchas de las infracciones que en nuestro derecho se consideran delitos militares y, por tanto, delitos especiales, en otros casos no son más que delitos comunes (al regularse en la normativa penal común) y por tanto, la naturaleza de estas infracciones será común o especial dependiendo de la infracción y de los criterios de política criminal que se sigan en cada país.

Además, la naturaleza de las infracciones podrá ser penal (si los delitos y las faltas se recogen en un texto de naturaleza penal) o penal-administrativa (si los delitos se recogen en un código penal militar, y las faltas disciplinarias en un texto distinto y bajo normativa administrativa), dependiendo de dónde se regulen las faltas disciplinarias, con la consecuencia que esta distinción apareja tanto en materia procedimental, graduación de la sanción, competencia disciplinaria, entre otras.

2.2. TÉCNICA LEGISLATIVA, SISTEMÁTICA Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En las leyes penales militares no siempre destaca el bien de los tipos en ellas integrados. La no sistematización de los diversos preceptos con una relación meramente enumerativa, como ocurre en Canadá, Estados Unidos y Rusia, o la adopción de criterios distintos al del bien jurídico protegido por la norma pueden impedir el discernimiento del contenido sustancial del injusto en las concretas infracciones previstas, al menos, desde un punto de vista sistemático. La elaboración de un orden lógico de tipificación es, sin lugar a dudas, un instrumento que facilita la aplicación de la ley por parte de aquellos que tienen la potestad de aplicarla.

Efectivamente, el bien jurídico protegido es un factor muy decisivo a la hora de la sistematización de las infracciones, siendo un criterio primario y fundamental. Pero hay que tener en cuenta, como advierte Rodríguez Devesa, que «el bien jurídico adquiere importancia como criterio rector en cuanto constituye la esencia de la antijuricidad, pero no es un módulo exclusivo»¹³⁰. Por ello, otros autores hacen referencia a que no debe ser estimado de un modo excluyente y unilateral, como el único y válido criterio que fundamente la sistematización del derecho penal¹³¹.

¹³⁰ RODRÍGUEZ DEVESEA, J. *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Madrid: Dykinson 1995, p. 7.

¹³¹ POLAINO NAVARRETE, M. «El bien jurídico en el Derecho Penal». Publicaciones de la Universidad de Sevilla. *Anales de la Universidad Hispalense* 1994, núm. 19, p. 302.

A pesar de ello, en la mayoría de las legislaciones expuestas, el criterio del bien jurídico protegido es el imperante y, por eso, hay que hacer referencia a las diferentes sistemáticas expuestas, teniendo en cuenta que en algunos textos legislativos son pocos los preceptos referidos a las infracciones contra los recursos económicos y materiales de las FAS (aunque destaca una amplia casuística), mientras que en otros solo se refiere a los recursos materiales, sin mencionar individualizadamente los económicos (Portugal, Bélgica).

En determinadas legislaciones lo que en nuestro país es un título propio de la parte especial del CPM¹³², en otras legislaciones viene recogido en diferentes títulos o capítulos del texto penal castrense.

Además, en materia de faltas disciplinarias, no extraña la existencia de diferentes normas disciplinarias, una para cada uno de los ejércitos como ocurre en Chile, Brasil o la India. Suele ser habitual la clasificación de las faltas disciplinarias en leves, graves o muy graves (Argentina o Perú), como también ocurre en nuestro país y que implican una coherente graduación de las conductas tipificadas a la hora de sancionar atendiendo a su respectiva gravedad.

La gran amplitud de países expuestos permite observar una amplia ordenación existente en general para regular este tipo de infracciones. Condensándolas, destaca que muchas de estas infracciones se regulan bajo distintas categorías o títulos, que cabe clasificar en: 1) Títulos de delitos contra la Administración Pública o Militar (Paraguay y Colombia); 2) Delitos contra el servicio (Colombia o Rusia). Aunque en países como Italia, el bien jurídico protegido es el *servicio* que se vería dañado a través del deterioro de los bienes militares, por lo que la propiedad queda como bien jurídico protegido por debajo del servicio; 3) Infracciones contra los bienes militares o de interés militar (Bélgica, Chile, Holanda, la India, Perú); 4) Contra el patrimonio o la propiedad (Brasil, Suiza, Chile, Canadá); 5) Contra el honor y el deber (Francia, El Congo, Mali, Marruecos). También podríamos incluir aquí a Brasil en cuanto a las infracciones llamadas en su normativa contra las incolumidades públicas; 6) Delitos contra la existencia y seguridad del Ejército o contra sus intereses (Chile o México); 7) La venta, empeño u ocultación de efectos militares (Paraguay). En este caso destaca la rúbrica utilizada para describir un grupo de conductas que en la mayoría de las legislaciones se in-

¹³² En este punto es importante mencionar que no existe ninguna legislación penal militar que tenga una rúbrica que lleve por título «Hacienda en ámbito militar», y que por tanto es una innovación que introduce el legislador español en el CPM de 1985 para aglutinar a distintas especies de delitos, tal y como se pone de manifiesto en el propio preámbulo del texto penal castrense español de 1985.

cluyen dentro de las infracciones contra los intereses de los ejércitos, contra la Administración Militar, o contra el servicio.

A pesar de las diferencias sistemáticas de las distintas legislaciones, entre todos ellas sobresalen las rúbricas referidas a la protección de bienes o propiedad militar, las referidas a los intereses militares y Administración Pública Militar (incluyendo conductas contra el honor y deber del militar).

Determinar cuál es el bien jurídico imperante en los comportamientos que se tipifican en las distintas disposiciones normativas penales y disciplinarias expuestas no es una cuestión menor, sino de gran importancia. Esto se debe a que, con ello, se obtiene una valiosa información respecto a que se pretende realmente proteger en el común de los países.

La conclusión es que se quieren proteger los recursos militares, bien sean estos materiales (si nos referimos a los bienes muebles) o económicos si se refieren al dinero o gasto. La protección de esos recursos, unas veces queda claramente marcada en las legislaciones (como, por ejemplo, cuando se protegen directamente los bienes o el patrimonio militar) y otras se infiere en la misma lectura de los preceptos, sobre todo cuando se regulan e incluyen en las normas castrenses una serie de delitos económicos referidos a los deberes que debe de cumplir el militar en su actuación diaria o como gestor de los recursos.

2.3. TIPOS AGRAVADOS Y ATENUADOS

Al igual que sucede en todas las legislaciones penales actuales, las penales y disciplinarias militares también se dan circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y tipos agravados y atenuados, que en esta sede a efectos comparativos merecen una mención particular.

2.3.1. Tipos agravados

En las distintas normativas examinadas destaca un elevado número de circunstancias agravantes, constitutivas en muchos casos de tipos cualificados o agravados, intentando los diferentes legisladores, según parece desprenderse, agotar diversos supuestos que denoten una mayor culpabilidad o una antijuricidad más intensa. En mi opinión, esto es un error y es fruto de una mala sistemática, ya que en la moderna ciencia penal se tiende a reducir esas circunstancias a las derivadas a la propia esencia del delito y acudiendo a las circunstancias generales previstas en la parte general de

la legislación penal militar o de la penal común en caso necesario, ya que se aplicaría la cláusula de remisión a la normativa común que tienen la mayoría de las legislaciones penales militares¹³³.

Las circunstancias de agravación incorporadas a las infracciones objeto de este estudio que pueden destacarse son, en síntesis: 1) El tiempo de guerra, que, en contraposición al tiempo de paz, integra una distinción consustancial a la mayor parte de los delitos militares (Brasil, Chile, Francia, Holanda, El Congo, Italia, Suiza) o estar en campaña (México); 2) Causar la muerte de alguien o causar un perjuicio grave (Chile, Suiza, Francia, Paraguay, México); 3) El escalamiento, excavación, uso de llaves falsas, la violencia (Brasil, Italia, Chile, Portugal). Cometer los hechos en detrimento de la Administración Militar (Italia); 4) La condición de oficial (Bélgica, México), suboficial (Bélgica) o su profesionalidad en el sujeto activo del delito (Canadá); 5) Poner en peligro la seguridad del establecimiento (Brasil, Chile) o causar un perjuicio en operación o acción militar (Colombia) o cometerlo en campaña (México); 6) Estar de servicio, bien sea de armas, guarda o centinela u otro (Chile, Suiza) o detentar el mando; 7) Ser el encargado de la custodia del objeto o el responsable (Canadá, Suiza, México); 8) Cometer el hecho sobre material de guerra (Chile, Portugal, Perú) y o la reincidencia (México); 9) Que el valor de lo sustraído sea considerablemente elevado (Portugal, Colombia, México, Perú, Portugal); 10) No cumplir una orden del servicio o cometerlo deliberadamente (Canadá); 11) El concierto de dos o más personas (Italia, Perú).

2.3.2. Tipos atenuados

Son menos frecuentes que las circunstancias específicas de agravación. Entre los tipos privilegiados destacan: 1) Reparar el daño causado (México, Paraguay); 2) Restituir la cosa antes de dirigirse el proceso penal contra el autor de los hechos (Brasil) o antes de un plazo concreto (Colombia, México, Paraguay); 3) Que la cosa sea de escaso valor (Brasil, Italia, Portugal).

2.4. LA IMPRUDENCIA Y TIPOS IMPERFECTOS DE REALIZACIÓN

La imprudencia no suele estar expresamente resuelto en la mayoría de las legislaciones, a excepción de alguna legislación en concreto como la portuguesa, la brasileña, la chilena, colombiana, canadiense, en Estados

¹³³ Chile, Perú, Portugal, Alemania, Bélgica, Holanda o Suiza, entre otros.

Unidos, Irlanda, o la del Reino Unido, Perú y Rusia en que específicamente se tipifica.

En cuanto a los tipos imperfectos de realización, la tentativa se haya expresamente prevista en las legislaciones de Portugal, Chile o la India.

El encubrimiento se haya expresamente tipificado en algunas legislaciones (Holanda, México, Perú).

2.5. SANCIONES PRINCIPALES Y ACCESORIAS

Para concluir, las penas son generalmente privativas de libertad, generalmente la prisión (por ejemplo, Canadá, Marruecos, Italia, Paraguay). Para los supuestos más graves ocurridos en tiempo de guerra en algunos países está establecida la pena de muerte (Brasil, Chile, Mali), los trabajos forzados (Marruecos) y, menos frecuente, es la cadena perpetua (Canadá, Perú).

Entre las penas accesorias, destacan la destitución (Bélgica, México), la separación del servicio (Reino Unido, Paraguay), la expulsión (Portugal), la destitución de empleo (México), la degradación militar (Bélgica, Italia, Mali, Reino Unido), la inhabilitación total o parcial (México, Perú), la pérdida de puestos en el escalafón (Reino Unido), la multa (El Congo, Holanda, Mali, Rusia, Portugal), la pérdida del salario (Estados Unidos), y el deshonor (Estados Unidos).

En cuanto a las sanciones a imponer disciplinariamente destacan los arrestos disciplinarios (Alemania, Portugal, Argentina, Bélgica, Brasil, Chile, Canadá, Francia, Italia, Marruecos, Mali, México), el confinamiento en el cuartel (Alemania, Irlanda), la consigna (Bélgica, Italia, Francia), la detención (propia de los sistemas de la *common law*, como Reino Unido), la privación de salida (Suiza), la restricción a determinados límites (Estados Unidos), la amonestación (Chile) y la represión (Chile). También es de destacar por ser, en mi opinión, arcaica el confinamiento a pan y agua en los Estados Unidos.

En definitiva, el análisis obtenido con el informe histórico y el estudio del derecho comparado ponen de manifiesto la atención y la preocupación existentes, históricamente y con carácter general, por la protección de los bienes de propiedad militar, tanto a nivel penal como a nivel disciplinario, con penas fundamentalmente privativas de libertad (prisión si es delito y arresto si es falta disciplinaria) como consecuencia de la repercusión que estas infracciones pueden generar en la eficacia de los diferentes ejércitos tanto en el tiempo presente como futuro.

TEXTOS

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: La tácita reconducción en la contratación administrativa. 2. Doctrinal legal del Consejo de Estado.

1. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL

Los contratos administrativos son negocios de plazo fijo. En ellos, el término o plazo es un elemento esencial frente a lo que ocurre en los contratos de carácter privado en que, en principio, no lo es, aunque las partes pueden atribuirle tal condición (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2001). Su duración inicial puede ser modificada mediante su prórroga.

Con carácter general, las prórrogas han de ser expresas en los términos y plazos señalados en sus pliegos de cláusulas administrativas. Pero cabe también que se produzcan tácitamente. Ahora bien, las prórrogas tácitas deben considerarse excepcionales.

La admisión de las prórrogas tácitas en los contratos administrativos está consolidada tanto en la doctrina científica¹ y administrativa (Dictamen

¹ RODRÍGUEZ ARANA, J. *La prórroga en los contratos administrativos*. Madrid 1988, p. 139 y ss.

del Consejo de Estado, de 14 de julio de 1954, que sienta el criterio reiterado posteriormente por otros como el 1288/1993, de 11 de noviembre de 1993; 444/1994, de 21 de abril de 1994; y 289/2013, de 16 de marzo de 2013, entre otros), como en la jurisprudencia (desde las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1980, 13 de mayo de 1982 y 4 de noviembre de 1985, etc.).

En tal sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1982, dice que: «[...] se acepta esa prórroga del contrato y de la situación legal de la misma [...] cuando la Administración, pudiendo haber obrado de otro modo, no lo hizo, [...] aceptando y consintiendo la prórroga de la concesión hasta el momento en que la nueva pudo empezar a cumplirse».

Las prórrogas tácitas no precisan de su formalización por escrito. Así lo dice la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1980, al declarar «[...] la falta de un convenio escrito no es incompatible con la existencia de la prórroga [...]».

Debe quedar también claro que, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia antes citadas, las prórrogas tácitas solo son admisibles por constituir una excepción al principio *contractus lex* y, sobre todo, a los de publicidad y concurrencia, cuando venga exigida por razones fundadas de interés del servicio y así lo exija su continuidad. En ningún caso deben ser muy desproporcionadas respecto del plazo inicial de la concesión, pues desnaturalizarían los términos del contrato al aparecer como un medio fraudulento de adjudicación directa obviando los mecanismos de selección del contratista previstos en la ley.

Los contratos prorrogados son los mismos iniciales. Únicamente ven modificada su duración. No se trata de nuevos contratos distintos de los originarios².

Distinta de la prórroga es la mera tolerancia en la continuación del contrato. La mera tolerancia se produce cuando la Administración permite al contratista incumplidor continuar, por un breve lapso de tiempo, ejecutando la obra o prestando el servicio, una vez transcurrido el plazo contractualmente fijado, por apreciar un especial interés público en ello. En otros términos, la tolerancia va indefectiblemente unida: a los hechos objetivos del incumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones; a períodos de tiempo breves; y al perjuicio al interés público que en determinadas situaciones puede comportar la aplicación rigurosa del plazo. En efecto,

² CASTAN TOBEÑAS, J. *Derecho civil*, III. 7.^a ed., pág. 320; MANRESA Y NAVARRO. *Comentarios al Código Civil*. Madrid 1967, pág. 22

como ha señalado el Consejo de Estado en varias ocasiones (Dictámenes 289/2013, de 6 de junio de 2103; 444/1994, de 21 de abril de 1994, etc.):

«A este respecto, no cabe confundir la prórroga tácita —categoría esta aceptada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo— con la mera tolerancia por parte de la administración contratante una vez que se ha superado el plazo de ejecución de la obra. En otras palabras, del hecho de que dicha administración, una vez superado el plazo de ejecución, no acuerde la resolución del contrato o no imponga penalidades, no cabe derivar sin más la existencia de una prórroga tácitamente otorgada con carácter indefinido por el órgano de contratación. Es posible que, como sucede en el presente caso, la administración contratante tolere —porque ello parezca en principio más beneficioso para el interés público, atendidas las circunstancias particulares— que el contratista prosiga ejecutando la obra fuera de plazo, pero sin que ello comporte enervar el incumplimiento en que en tal caso habrá incurrido la adjudicataria, con sus consecuencias anejas (vid., en este sentido, el dictamen del Consejo de Estado 444/94, de 21 de abril, entre otros)».

Vencidos los plazos señalados en los pliegos de cláusulas administrativas o cumplidos los legalmente establecidos —incluidas las prórrogas, expresas o tácitas—, los contratos administrativos se extinguen *ipso iure*, sin que sea posible su prolongación o ampliación temporal. Así resulta de lo dispuesto en la ley. En efecto, el artículo 157 (duración) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (que hoy reproduce el artículo 278 de la vigente ley) dispone que:

«El contrato de gestión de servicios públicos no podrá tener carácter perpetuo o indefinido, fijándose necesariamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares su duración y la de las prórrogas de que pueda ser objeto, sin que pueda exceder el plazo total, incluidas las prórrogas, de los siguientes períodos: a) Cincuenta años en los contratos que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio público, salvo que éste sea de mercado o de lonja central mayorista de artículos alimenticios gestionados por sociedad de economía mixta municipal, en cuyo caso podrá ser hasta 60 años. [...] c) Diez años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios siempre que no estén comprendidos en la letra a)».

Así pues, a la vista del citado artículo, resulta claro que una vez alcanzados los plazos máximos de duración de los contratos administrativos de gestión de servicios públicos fijados por la ley, estos quedan extintos *ipso iure*.

No obstante lo anterior, debe también tenerse presente lo dispuesto por el artículo 1566 del Código Civil a cuyo tenor: «Si al terminar el contrato permanece el arrendatario disfrutando quince días la cosa con aquiescencia del arrendador, se entiende que hay tácita reconducción [...] a menos que haya precedido requerimiento».

Como se ha señalado³, la tácita reconducción es una inducción a partir de hechos concluyentes de ambas partes, distintas entre sí, pero demostrando ambos una voluntad concorde y no contradicha de continuar el contrato, sometida a tres requisitos:

- a) Que, al terminar el contrato, el arrendatario permanezca quince días disfrutando de la cosa.
- b) Que lo haga con aquiescencia del arrendador (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de diciembre de 1922).
- c) Que no haya requerimiento (por todas, Sentencias del Tribunal Supremo, de 9 de febrero de 1967 o de 5 de mayo de 1970, etc.).

Poco importa si el artículo 1566 del Código Civil es una nueva interpretación de la voluntad de las partes que hace la propia ley o si se trata de una verdadera sanción a la inactividad de una de las partes que no puede, después de haber creado, voluntaria o involuntariamente, una relación jurídica de confianza, destruirla por un acto posterior suyo. Lo relevante es que la tácita reconducción da lugar a un nuevo contrato, consentido tácitamente, que, sin solución de continuidad, sigue al anterior. Así se deduce, de una parte, de lo dicho por el propio artículo 1566 que señala que lo que ha concluido ni se puede prorrogar ni puede subsistir y, de otro lado, de la propia terminología del término *reconducción* que sugiere la idea de repetir o renovar⁴. La tácita reconducción no es asimilable a la prórroga. Esta lo que hace es ampliar la duración del mismo contrato. Aquélla, por el contrario, lo hace nacer, es decir, se trata de un nuevo contrato, distinto del anterior, aunque en las mismas condiciones e igual precio que éste (entre otras muchas, sentencias del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1953

³ LACRUZ *et. al.* *Derecho de obligaciones*, III. Barcelona 1986, p. 215.

⁴ CASTAN TOBEÑAS, J. *Derecho civil*, III. 7.^a ed., pág. 320; MANRESA Y NAVARRRO. *Comentarios al Código Civil*, Madrid: Manresa y Navarro 1967, pág. 22

18 de febrero de 1955, 25 de marzo de 1957, 13 de junio de 1959, 13 de noviembre de 1963, 26 de octubre de 1964, 11 de octubre de 1966, 6 de noviembre de 1967, 5 de mayo de 1970, 30 de diciembre de 1980, 14 de junio de 1984, 21 de febrero de 1985, 9 de abril de 1985, 17 de octubre de 1986 y 17 de octubre de 1987).

Llegados a este punto, resulta necesario plantearse si la tácita reconducción resulta de aplicación al ámbito de la contratación administrativa. Pues bien, aunque esta figura proviene del ámbito civil, la tácita reconducción es una institución jurídica que resulta de aplicación a determinados ámbitos de la contratación pública; en concreto, a los contratos de tracto sucesivo, entre los que se encuentran, precisamente, los contratos de gestión de servicios públicos. Y ello es así, tanto por la naturaleza como por el objeto de estos contratos: a) Por su naturaleza: pues, como ha señalado de forma reiterada la doctrina, los contratos de gestión de servicios públicos participan, en último extremo, de la naturaleza propia de los arrendamientos⁵. Así lo reconocía también el artículo 159 de la derogada Ley de Régimen Local de 1955; b) Y por su objeto pues al estar constituido por la gestión de un servicio público, todo el contrato queda influido por los principios rectores de los servicios públicos; especialmente, el de continuidad, que constituye su esencia⁶. Por esta razón, en los contratos de gestión de servicios públicos, el término tiene que ser considerado no tanto físicamente sino de acuerdo con su naturaleza y objeto, esto es, asegurando la continuidad y regularidad del servicio.

Por ello, se ha dicho que la tácita reconducción es «particularmente coherente con las necesidades planteadas por la gestión contractual de los servicios públicos y, especialmente, por la concesión»⁷. Lo cual encuentra su fundamento directo en el artículo 127.1.1^a, a) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955⁸, a cuyo tenor la corporación concedente de la concesión de servicios ostentará la potestad de ordenar discrecionalmente al concesionario, como

⁵ ALCALÁ ZAMORA, N. *La concesión como contrato y como derecho real*. Madrid, 1918; GASCÓN Y MARÍN. *Tratado de derecho administrativo*. 7^a ed., tomo I, pág. 352 y ss.; GARRIDO FALLA, F. *Tratado de derecho administrativo*. Madrid 1966, tomo II, pág. 340; VILLAR ROJAS, F. J. *La concesión administrativa de obra pública como nueva fórmula de gestión de servicios sanitarios*. Zaragoza: Actas del XIV Congreso Derecho y Salud 2005, pág. 2 y ss.

⁶ SALA ARQUER, J. M. *El principio de continuidad de los servicios públicos*. Madrid 1977, pág. 20 y ss.

⁷ RUIZ OJEDA, A. *et al. Derecho de la contratación pública y regulada*. Madrid 2004, pág. 492

⁸ RODRÍGUEZ ARANA. *Op. cit.*, pág. 138.

podría disponer si gestionare directamente el servicio, las modificaciones que aconsejare el interés público y entre otras: la variación en la calidad, cantidad, tiempo o lugar de las prestaciones en que el servicio consista.

Así las cosas, en materia de concesión de servicios públicos, si no hay preaviso y el concesionario continúa prestándolo después del plazo de terminación del contrato, la concesión se renueva automáticamente, dando lugar a otra distinta.

Y, también la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido expresamente (desde la sentencia de la Sala III del Tribunal Supremo, de 31 de marzo de 1980, reiterada en la sentencia del mismo Tribunal, de 10 de marzo de 1982) la aplicación de la figura de la tácita reconducción a los contratos administrativos de gestión de servicios públicos. En tal sentido, la primera de las sentencias citadas dice que

«La falta de un convenio escrito no es incompatible con la existencia de una prórroga o renovación de un concierto de voluntades en el que concurren el consentimiento, el objeto y causa contractual, que son esenciales de conformidad con el artículo 1261 del Código Civil en relación con el artículo 1282 del mismo cuerpo legal, ya que de los actos posteriores al vencimiento pactado se deduce terminantemente la voluntad de la Corporación municipal de tener por prorrogado el contrato».

Asimismo, puede citarse la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 14 de diciembre de 1992, en la que nuestro Alto Tribunal afirma que:

«Por regla general, cuando se trata de una relación jurídica, sea de Derecho privado o público, la prorrogabilidad del plazo pactado opera a través de la conocida figura de la tácita reconducción, consistente en que, la parte que tiene derecho a impedir la prórroga así devenida automática de aquél, no manifieste de modo expreso su voluntad de que tal efecto no se produzca, o, por el contrario, cuando las partes convienen en que para que el plazo se prorrogue es indispensable que, también de un modo expreso, se lleve a cabo un acuerdo en tal sentido [...]».

Criterio este, por lo demás, acogido igualmente por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia (Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, de 1 de junio de 1999; y de La Rioja, de 13 de diciembre de 2002).

Y, de forma especialmente ilustrativa y rotunda, se muestra la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 3 de febrero de 2004, (rec. casación 7259/1998) que, respecto de la pretensión de la Administración Pública de rescindir un contrato administrativo de conducción del correo por carretera, señala que:

«El servicio en cuestión, una vez agotado el plazo inicialmente estipulado en cuatro años, no venía prestándose como consecuencia de prórroga impuesta por la Administración, sino en virtud de tácita reconducción a partir del 1 de mayo de 1961, como lo acredita el hecho de que una vez expirado aquel plazo (4 años), la Administración ni dio por terminado el contrato ni impuso la prórroga forzosa por razones de interés público derivada de la necesidad de continuidad del servicio hasta tanto se seleccionara a un nuevo contratista, por lo que el mantenimiento de la relación contractual a partir de la indicada fecha (1 de mayo de 1961) solo puede entenderse por tácita reconducción, la cual es plenamente aplicable a la contratación administrativa y la decisión administrativa de resolver el citado contrato a partir del día 30 de abril de 1994 implica una declaración unilateral de la Administración contratante que ha de calificarse como anticipada y contraria a las estipulaciones contenidas en el pliego [...]».

Y, más adelante, en la misma sentencia citada, sigue afirmando el Tribunal Supremo que:

«[...] ha de entenderse que el contrato en cuestión se venía prorrogando cada cuatro años por un período igual al inicialmente fijado, de lo que se infiere que no es dable a la Administración rescindirlo a partir del 30 de abril de 1994 sino que, dadas las circunstancias concurrentes, hubo de esperar al 1 de mayo de 1997 en que vencía [...]».

Admitida la aplicabilidad del mecanismo de la tácita reconducción al ámbito de los contratos de gestión de servicio público, la cuestión que se plantea es la atinente a cuándo opera.

La doctrina ha puesto de manifiesto que la tácita reconducción solo opera cuando, bien no estando prevista la prórroga del contrato, bien superándose el número de prórrogas expresas máximo establecido en él, bien superándose el límite legal de su duración máxima, el concesionario continúa prestando el servicio. Así lo dijo el Consejo de Estado en el dictamen de 30 de marzo de 1978, al señalar que:

«El Consejo de Estado ha de insistir en que la interpretación dada por la Sección de Recursos y la Asesoría Jurídica del Departamento consultante es correcta, en cuanto que la continuación en la prestación del servicio realmente constituye una nueva adjudicación [...]».

En otros términos, el mecanismo ordinario de prolongación de duración de un contrato es la prórroga, expresa o tácita. Ahora bien, cuando se ha excedido bien el número de prórrogas legal o convencionalmente admisibles o bien el límite máximo de duración legal del contrato, el contratista continúa prestando el servicio, resulta de aplicación la figura de la tácita reconducción. Ello comporta que se origina un nuevo contrato, distinto del anterior. Se rige por las mismas cláusulas y condiciones que el sustituido o extinguido, pero es diferente de éste. Y, al tratarse de un contrato nuevo, su plazo de duración comienza a computarse *ab origen*, esto es, desde el momento en que opera la tácita reconducción.

La tácita reconducción engarza, por lo demás, con los principios de confianza legítima y buena administración. La confianza legítima constituye uno de los principios rectores del actuar de las Administraciones Públicas (artículo 3.1. párrafo segundo de la Ley 30/1992), cuya recepción en la jurisprudencia comunitaria y nacional ha sido notable en las últimas décadas. Tanto el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sentencias de 16 junio 1966, recurso 54/1965 *Chatillon vs. High Authority*, y la dictada en el caso C-81/72 *Civil Service Salaries EC Commission vs. EC Council*), como el Tribunal Constitucional (por todas, las Sentencias 28/1997, de 13 de noviembre, y la 278/1991) y el Tribunal Supremo (en especial, las sentencias de 16 de mayo de 2000 y de 14 de febrero de 2006) han puesto de manifiesto que la Administración no puede modificar las situaciones jurídicas constituidas cuando la Administración ha inducido directamente al administrado a actuar de una determinada manera; cuando ello afecta a la seguridad jurídica o las reglas de la proporcionalidad; cuando el interesado, aun siendo prudente, no está en condiciones de prever la adopción de una medida perjudicial para sus intereses y, en fin, cuando el interés público subyacente es palmario en el mantenimiento de la situación administrativa.

Por otra parte, la necesidad de asegurar la continuidad de los servicios públicos enlaza directamente con la noción de buena administración, noción nacida y conformada en el seno del derecho comunitario, que constituye un derecho fundamental de los ciudadanos europeos según establece el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada por el Consejo Europeo de Niza, de 7 y 8 de diciembre de 2000.

Comporta la imposición a la Administración de un cierto estándar de comportamiento en sus relaciones con los propios administrados (Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea, de 27 de febrero de 2003, as. 329/2000, Bonn Fleis; y de 6 de marzo de 2003, as. 41/2000, Interporc), de carácter objetivo y mensurable (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 31 de mayo de 1992, as. 255/1990, Burban). En ese estándar queda comprendido el derecho de los ciudadanos a que la Administración no solo no sea irracional y arbitraria en sus decisiones y que la Administración no se limite a cumplir la legalidad, sino también a que haga un adecuado ejercicio de su función, de tal suerte que de su inactividad no se derive lesión para los intereses legítimos de los ciudadanos de buena fe (Sentencias del Tribunal de Primera Instancia, de 18 de septiembre de 1995, as. 167/1994, Nölle, y as. 231/1997, New Europe Consulting y otros).

Sin perjuicio de lo anterior, debe quedar claro que la tácita reconducción no puede ser considerada como una forma *normal* de renovación de los contratos administrativos de tracto sucesivo. Ello iría en contra del principio *contractus lex* y, sobre todo, de los principios de publicidad y concurrencia que rigen la adjudicación de los contratos administrativos. La utilización de la tácita reconducción con dicho propósito constituiría un fraude de ley determinante de la invalidez del nuevo contrato reconducido. Ahora bien, la tácita reconducción sí debe ser admitida como respuesta a una situación de hecho que, guste o no, existe en la realidad: cuando vencidos los plazos señalados en los pliegos de cláusulas administrativas o cumplidos los plazos máximos legalmente previstos —prórrogas incluidas, expresas o tácitas— y a pesar de que el contrato haya quedado extinguido *ipso iure*, la relación contractual sigue de facto vigente durante largos períodos de tiempo, prestando el contratista el servicio contratado y abonando la Administración contratante el precio de este. Cuando dicha continuidad, prolongada en el tiempo, no puede ser explicada como una prórroga del contrato —por prohibirlo expresamente la ley—; como una situación de mera tolerancia —que como hemos visto exige, entre otros requisitos, que el contrato se prolongue por lapsos de tiempo breves—; o como una situación de mera interinidad que por razones de interés público exija la continuidad del servicio hasta tanto se seleccione a un nuevo contratista —lo que igualmente exige períodos de tiempo no prolongados en el tiempo, solo mientras dure el proceso de selección—, la única explicación válida para justificar la situación de hecho en la que se encuentra el contratista es la de la tácita reconducción. Así viene exigido, entre otros, por los principios de buena fe, buena administración y seguridad jurídica, que im-

ponen a la Administración contratante —que ha provocado directamente la situación existente— dotar de certeza razonable las relaciones jurídicas contractuales en las que es parte.

Ni la figura misma de la tácita reconducción ni su aplicación se ven entorpecidas o menoscabadas por el nuevo bloque normativo regulador de la contratación pública que tiene como normas de cabecera las Directivas 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la Adjudicación de Contratos de Concesión y 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre Contratación Pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

2. DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

1. Los contratos quedan concluidos y consumados, por parte del contratista, en el momento en que termina —total o parcialmente— la ejecución de la prestación y, por parte de la Administración, en el momento en que la recibe y asume la contraprestación de satisfacer el precio definitivo que corresponde a las labores hechas. Dichos momentos coinciden con las denominadas recepción y liquidación.

El precio de un contrato es exigible desde el momento en que el contratista ha cumplido con su obligación de ejecutar la prestación debida y de entregarla. Pero solo es líquido y puede hacerse efectivo cuando se hacen las necesarias operaciones de comprobación y valoración de los trabajos realizados aplicando el precio pactado. Ello se instrumenta mediante la liquidación.

La liquidación comprende por tanto un conjunto de operaciones destinadas a determinar el montante de la prestación ejecutada y su valoración, fijándose así el precio que debe ser abonado al contratista. Como ha dicho reiteradamente este consejo, la liquidación es el momento decisivo en el que se evalúan las prestaciones recíprocas convenidas que vienen determinadas por las mediciones o comprobaciones.

La liquidación obliga a llevar a cabo una serie de operaciones necesarias de tipo técnico y contable para poder fijar el precio debido, reguladas en el pliego de prescripciones técnicas particulares —que debe detallar la forma de medición o comprobación y de valoración de los trabajos—. A falta de ellas, se acude a las previsiones —*mutatis mutandis*— del pliego de cláusulas administrativas de carácter general de los contratos de obras, ante la ausencia de otras reglas legales y reglamentarias que las disciplinen pormenorizadamente en el caso de los demás tipos de contratos.

La liquidación no es un negocio jurídico. Es simplemente un acto no negocial, de verificación o comprobación (*ascertainment*) que crea una situación jurídica vinculante para la Administración en el sentido de que no puede modificar el precio una vez establecido su importe. Es un acto de reconocimiento de una deuda, cuya causa está en el contrato en el que se pactó el precio que se liquida. Y, en fin, un acto unilateral de la Administración, susceptible de impugnación, para cuya formación no es necesaria la voluntad del contratista (ex arg. LCAP, artículo 148).

La iniciación del procedimiento de liquidación corresponde a la Administración y, en concreto, al director del contrato, ya que es aquella —y no el contratista— quien debe formularla, aplicando al resultado de la comprobación de las labores hechas y recibidas los precios y las condiciones económicas del contrato (ex arg. Pliego de Cláusulas Administrativas Generales, cláusula 75).

La primera operación que debe hacerse es la comprobación de que la prestación realizada se ajusta a las prescripciones establecidas para su ejecución y cumplimiento. Puede llevarse a cabo tanto en el seno del procedimiento liquidatorio como fuera de él, trayendo la practicada en otra ocasión, generalmente, en el momento de su recepción.

Hecha la comprobación, procede formular la liquidación aplicando a la prestación recibida los precios y condiciones económicas del contrato, obteniéndose así el saldo de liquidación a precios de contrato. La cifra alcanzada puede ser objeto de aumento o disminución. Se aumenta con la partida de su revisión, si hay cláusula de revisión de precios en el contrato u otro mecanismo de actualización, y se disminuye con la baja que haya hecho, en su caso, el contratista. El montante resultante constituye el saldo bruto en concepto de precio. De él han de deducirse los abonos a cuenta en certificación, alcanzándose entonces el saldo final de liquidación, que puede ser positivo o negativo para la Administración.

La liquidación incluye las partidas integrantes del precio del contrato. No obstante, puede comprender otras que no forman parte de él, como las penalidades impuestas al contratista —si no se han aplicado antes de las certificaciones— y los importes de los intereses de demora devengados.

No pueden incluirse en la liquidación, por no estar respaldadas su pago con el presupuesto de la obra, ni las indemnizaciones reconocidas y debidas al contratista por paralizaciones u por otras razones —ya que son reparación o resarcimiento de daños y perjuicios—, ni las cantidades abonables por trabajos adicionales que no estén amparados en el contrato —resarcimientos a título de enriquecimiento injusto—.

En el caso de los contratos de consultoría y asistencia técnica y de servicios, si los trabajos efectuados no se adecuan a la prestación contratada como consecuencia de vicios o defectos imputables al contratista, la Administración puede rechazarlos, quedando exenta de la obligación de pagarlos y teniendo derecho, en su caso, a la recuperación del precio satisfecho (Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, artículo 213.2), operaciones que tendrán su reflejo contable en la liquidación practicada.

En todo caso, el contratista tiene derecho a conocer y ser oído sobre las observaciones que se formulen por la Administración en relación con el cumplimiento de la prestación contratada (Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, artículo 213.3).

Por otra parte, constituye una irregularidad la expedición anticipada de certificaciones correspondientes a labores no realizadas.

Las certificaciones son, de un lado, pagos a cuenta y, de otro, un mecanismo, previsto legalmente, de financiación del contrato. Salvo en algunos casos en que tienen carácter de financiación anticipada —como es la certificación por acopios—, su expedición está supeditada a la concreta y efectiva ejecución de distintas unidades de obra o entregas parciales de labores pactadas.

Las certificaciones no están excluidas del principio general de contabilidad pública de que los pagos solo se hacen cuando se justifica el servicio prestado. En consecuencia, no cabe expedirlas en ningún caso antes de haberse acreditado la ejecución de las labores. Todas las certificaciones que expida la Administración han de corresponder a trabajos efectivamente hechos, incluso en las denominadas certificaciones anticipadas —reguladas en la ya lejana Orden de 20 de abril de 1959 del entonces Ministerio de Obras Públicas— en la que la anticipación se predica no de las labores a realizar sino de las partidas presupuestarias de ejercicios futuros comprometidos.

Las certificaciones expedidas por trabajos no realizados, las llamadas *certificaciones en descubierto*, verdaderos anticipos de tesorería, no son conformes al derecho. Están prohibidas desde siempre en nuestro ordenamiento. Y, aunque falta en la actualidad un precepto que tajantemente lo diga como lo hacía el pliego de condiciones generales aprobado por Real Decreto, de 18 de marzo de 1846, o por el artículo 41 de la vieja Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda pública de 1911, constituye un principio general básico de nuestra legislación presupuestaria. Constituyen una práctica viciosa, cuando no ilícita, que debe ser evitada y, en caso de producirse, sancionada. Las facilidades que hay que dar al contratista para

la financiación de los trabajos objeto de contrato no pueden nunca atentar contra principios que constituyen garantías básicas del erario público.

(Dictamen 71/2017, de 1 de junio de 2017)

BIBLIOGRAFÍA

RECENSIÓN DE LIBROS

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO (3.^a EDICIÓN)

Coordinadores: José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, y Joaquín López Sánchez.

Autores: Manuel Pérez González, Jerónimo Domínguez Bascoy, Joaquín Cáceres Brun, Francisco Alonso Pérez, José Luis Doménech Omedas, Rosario Ojinaga Ruiz, Mario A. Laborie Iglesias, Sonia Hernández Pradas, Agustín Corrales Elizondo, Juan Carlos González Barral, Manuel Antón Ayllón, Juan Manuel García Labajo, Mercedes Babé Romero, David Suárez Leoz, Gonzalo Jar Couselo, Fernando Pignatelli Meca, María José Cervell Hortal, Abraham Martínez Alcañíz, Vicente Otero Solana, Milena Costas Trascasas, Rodrigo Lorenzo Ponce de León, y Carmen Quesada Alcalá.
Edit. Tirant lo Blanch (Valencia)

*Por: Carlos Eymar Alonso
General auditor*

Hay que saludar el presente libro como una prueba de la solidez y permanencia de un noble proyecto pedagógico cual es el de la difusión del conocimiento del derecho internacional humanitario, que viene realizando el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario (CEDIH) de la Cruz Roja, desde su fundación en 1984. Hace ya casi veinte años que el CEDIH, en colaboración con la Diputación Provincial de Guadalajara, editó un Curso de Derecho Internacional Humanitario (1999). Este curso fue el germen de la primera edición del *Derecho Internacional Humanitario* (2002) coeditado por la Cruz Roja y la editorial Tirant lo Blanch, al que siguió, en 2007, la segunda edición. El que esta última edición se agotara al

poco tiempo de su publicación, muestra claramente el interés que el tema viene suscitando, a la vez que es un indicio de la incesante actividad docente desplegada por el CEDIH, que tiene en estos manuales su principal punto de apoyo. Así pues, transcurridos diez años desde la segunda edición, esta tercera viene, ante todo, a satisfacer una necesidad ampliamente sentida. Para todos aquellos que nos venimos dedicando a la enseñanza del derecho internacional humanitario, contar con un libro como este, supone una garantía y una inestimable ayuda.

Desde la anterior edición de 2007, la difusión del conocimiento del derecho internacional humanitario, a la cual estamos obligados por el artículo 47 del Convenio I de Ginebra, ha venido reforzada por la publicación del Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprobaron las nuevas Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas. Una de las principales novedades contenidas en el texto de las RROO consiste, precisamente, en la inclusión de un capítulo (artículos 106 a 114) que lleva por título «De la ética de las operaciones», y que contiene una breve síntesis de las principales obligaciones impuestas por el derecho internacional humanitario. Especialmente, en el artículo 106, se subraya el deber de conocimiento, difusión y aplicación, por parte del militar, de los cuatro convenios de Ginebra. En otros artículos dispersos, se recuerda también el deber de todo militar de ajustar su conducta al derecho internacional aplicable a los conflictos armados (artículo 11), o bien se destaca la grave responsabilidad del mando de evitar la comisión por parte de sus subordinados de los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (artículo 56). De esta forma, al haberse incorporado, de un modo más íntimo, a las Fuerzas Armadas, el conocimiento del derecho internacional humanitario, adquiere, si cabe, mayor valor y significación un libro como el presente que contribuye a facilitar el cumplimiento del código ético del militar.

Ya en el número 90 de esta revista (julio-diciembre de 2007) tuve ocasión de comentar las principales novedades introducidas en la edición de 2007 con respecto a la edición de 2002, encuadrándolas en el marco internacional entonces existente. Se destacaba principalmente, en aquel comentario, la novedad de los capítulos acerca del ámbito de aplicación del derecho internacional humanitario y el del terrorismo, redactados ambos por el profesor Rodríguez-Villasante. En la actual recensión, a fin de evitar reiteraciones, me voy a referir fundamentalmente a las novedades introducidas en esta edición de 2017, remitiéndome a mi anterior comentario en lo que respecta al grueso de los trabajos que subsisten en el presente volumen, pero que no suponen una novedad.

Ante todo hay que destacar la labor de coordinación realizada por el director del CEDIH, don José Luis Rodríguez-Villasante, coordinador también de las anteriores ediciones y que tiene el mérito indudable de haber conferido unidad y continuidad al proyecto a lo largo de los años. La dificultad de imponer una cierta disciplina y unidad de estilo a los veintidós autores que participan en esta obra, puede considerarse solventada sin que sufra demasiado la sistemática o la coherencia. No obstante, siguen siendo apreciables ciertos desequilibrios en cuanto a la extensión de determinados temas. Por poner un ejemplo, el capítulo 13, relativo a la limitación de armas convencionales, tiene una extensión de ochenta páginas, mientras que el 27, relativo a la protección del niño, apenas cuenta con catorce. Evidentemente eso nada tiene que ver con la competencia o la laboriosidad del autor, pues, para seguir con el ejemplo anterior, a quien conozca la trayectoria de la profesora Hernández Pradas y su magnífico libro *El niño en los conflictos armados* (Tirant lo Blanch 2001), le saben a poco las catorce páginas dedicadas al tema, máxime cuando la brevedad se justifica por «razones de espacio» (p. 879) que otros autores parecen ignorar. Por otra parte, esta desproporción en cuanto a la extensión de algunos trabajos, podría dar, a veces, la impresión equivocada de una jerarquía en cuanto a la importancia de los temas.

Es verdad que, en última instancia, y prescindiendo de capítulos concretos, el equilibrio entre las cuatro partes fundamentales: cuestiones generales, conducción de hostilidades, protección de víctimas y sistema de eficacia, se mantiene, y esto es lo esencial y lo que define el núcleo y la estructura del libro. Las otras dos partes restantes sobre «El Movimiento Internacional de la Cruz Roja» (parte II) y «Los Conflictos Armados Internos» (parte V), en cuanto que rompen aquella estructura fundamental, podrían hallar, a mi juicio, otro acomodo sistemático. Por ejemplo, la parte dedicada al movimiento internacional de la Cruz Roja y la Cruz Roja Española, podría tener el carácter de introducción o parte introductoria o, al menos, ser incluido, como en la anterior edición, dentro de la parte general. Ya que todo el contenido jurídico del libro se encuadra como una actividad sectorial de la Cruz Roja, realizada bajo su patrocinio, parecería más adecuado comenzar hablando de ella en términos generales y del CEDIH en particular. Asimismo, a mi juicio, resulta más acertado el criterio mantenido en la anterior edición de incluir el capítulo sobre la protección del medio ambiente, dentro de la parte sobre la «Conducción de las Hostilidades» en lugar de hacerlo, como ahora, en la relativa a la «Protección de las Víctimas».

En la presente edición figura también como coordinador el secretario del CEDIH, don Joaquín López Sánchez, quien, además, ha procedido a actualizar el estudio del difunto general de la Guardia Civil don Gonzalo

Jar Couselo sobre las minas antipersonal y las municiones de racimo. Esta iniciativa de mantener las contribuciones de autores ya fallecidos, y actualizarlas convenientemente, es otra de las novedades de la presente edición. En un proyecto vivo como es el derecho internacional humanitario, condicionado por las cambiantes relaciones internacionales y el continuo desarrollo de normas, resoluciones y convenios, resulta imprescindible una continua labor de puesta al día. Pero, por otra parte, el respeto a la memoria de autores fallecidos que han colaborado, a lo largo de muchos años, en ediciones anteriores, tiene algo de entrañable y merecido homenaje. La solución adoptada por los coordinadores me parece acertada y así se ha hecho no solo con el general Jar, sino también con el trabajo del doctor don Francisco Alonso Pérez sobre la protección a la población civil, revisada y actualizada por Pedro Alcalá, Javier Garrido y José Luis Doménech. Por el contrario, no se ha procedido a realizar ninguna actualización del trabajo del magistrado fallecido don Agustín Corrales Elizondo, a cuya memoria se dedicó el número 93 de esta *REDEM*. Es cierto que el tema por él abordado, la ocupación militar, no ha experimentado muchos cambios desde el año 2007, pero sí se han dado algunas aportaciones doctrinales. A este respecto quiero recordar el libro de Eyal Benvenisti, *The international Law of occupation* (2012), por mí recensionado en el número 99 de esta revista.

Hay que reseñar como un acierto la supresión, en la presente edición, del artículo de Víctor de Currea Lugo, relativo a las dificultades de aplicación del derecho internacional humanitario al caso colombiano, que como ya se dijo en la anterior recensión, introducía un criterio geográfico que rompía la sistemática del libro. En relación con otra de las observaciones realizadas a la anterior edición, consistente en el defectuoso tratamiento del *ius ad bellum*, se ha optado directamente por suprimir este capítulo. No cabe duda de que, independientemente del interés de la cuestión, al hacerlo se gana en claridad sistemática, teniendo siempre en cuenta que es un tema excluido del ámbito de aplicación del derecho internacional humanitario.

Pese a todas las anteriores supresiones, el presente volumen, como consecuencia de los nuevos trabajos incorporados, ha pasado a tener trescientas páginas más que la anterior edición, con un total de 1 312 páginas que lo sitúan en el límite de lo manejable. No obstante, como importante novedad, se ha incorporado a la presente edición la posibilidad de acceso gratuito al e-book, lo cual puede contribuir a eliminar todos aquellos inconvenientes ligados al peso y grosor del volumen que, por su propia naturaleza, está destinado a su utilización en el ámbito académico.

Los pequeños desajustes citados son compensados con creces por un enorme esfuerzo de actualización, desplegado en el presente libro y que

se hace patente en todas sus páginas. De los contenidos novedosos incorporados a la presente edición hay que reseñar, ante todo, el capítulo 3, redactado por el profesor don Manuel Pérez-González, relativo a la cláusula Maertens y al artículo 3 común a los convenios de Ginebra. Se trata de un trabajo nuclear para el derecho internacional humanitario que viene a llenar una laguna perceptible en anteriores ediciones. De acuerdo con la iniciativa del célebre delegado ruso en la Conferencia de La Haya de 1899, el DIH no puede limitarse a las normas contenidas en los convenios, sino que ha de buscar en todo caso «el imperio de los principios del derecho de gentes, tales y como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública». El profesor Pérez-González aborda con maestría el estudio de la génesis de la citada cláusula, incluida en el Segundo Convenio de La Haya de 1899 e incorporada a las cláusulas de denuncia de los cuatro convenios de Ginebra de 1949, así como, en versión modernizada, a sus protocolos adicionales. También analiza el profesor Pérez-González cómo la cláusula Maertens ha venido incorporándose a la jurisprudencia internacional y aplicándose por la Corte Internacional de Justicia o por algunos tribunales penales internacionales. En este sentido desarrolla especialmente la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia, de 1996, sobre las armas nucleares, en la cual declara la pertinencia de la cláusula Maertens para entrar a evaluar la legalidad del recurso a ciertos métodos de combate.

El artículo 3 común a los convenios de Ginebra, como exigencia de que los Estados ajusten su conducta a ciertas reglas básicas de humanidad, independientemente de la naturaleza interna o internacional del conflicto, representa para Pérez González una zona de convergencia entre el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos. Basándose en la jurisprudencia de tribunales internacionales, especialmente la de la Corte Internacional de Justicia sobre las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, de 1986, o en la del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Tadic de 1995, se muestra que los principios contenidos en dicho artículo son aplicables a cualquier tipo de conflicto. Pérez-González, con amplia fundamentación jurisprudencial y doctrinal, destaca la fuerza normativa del artículo 3 común a los convenios de Ginebra tanto para orientar la conducta y la legislación de los Estados, como para fundamentar la responsabilidad penal individual, abstracción hecha de que esos crímenes se hayan cometido en el contexto de un conflicto internacional o interno.

El brillante desarrollo hecho por Pérez-González de la cláusula Maertens y del artículo 3 común a los convenios de Ginebra, exigirá, en aras de

una mejor coordinación, eliminar las referencias parciales que se hacen de estos instrumentos en otros estudios de la obra. Así, por ejemplo, al tratar de la limitación de armas convencionales (págs. 405-408), o de los conflictos armados internos (págs. 977-981).

En la presente edición, en lo que se refiere a la parte de conducción de hostilidades, se pone de manifiesto una impresionante puesta al día sobre el actual contexto operativo, a través de los estudios realizados por el coronel (DEM) don José Luis Doménech que, además de las municiones de racimo ya citadas, habla del Tratado del Comercio de Armas y de las nuevas armas no específicamente reguladas, pero que producen un impacto humanitario (capítulo 13). En el mismo sentido hay que destacar como novedad el estudio del capitán auditor don Rodrigo Lorenzo Ponce de León relativo a los vehículos no tripulados (capítulo 18). Se trata de un estudio muy documentado en el que se entremezclan las consideraciones jurídicas con las operativas y se plantean problemas que, hoy por hoy, están muy lejos de estar resueltos: ¿Cómo incide la utilización de drones en la concepción de la agresión, del *ius ad bellum* o en el de la legítima defensa? El autor concluye que en un contexto de *ius in bello* la utilización de drones queda sometida a la aplicación de los principios clásicos de distinción, necesidad y proporcionalidad, exigidos por el DIH. Por el contrario, en un contexto de paz, el uso de drones sería potencialmente ilegal. En cualquier caso, el autor constata la urgente necesidad de establecer mecanismos legales para determinar quién utiliza los drones, en nombre de qué Estado y con qué propósito lo hace.

Siguiendo en la misma onda futurista, el general auditor don Jerónimo Domínguez Bascoy, aborda el tema de la aplicación del derecho internacional humanitario a las operaciones en el ciberespacio (capítulo 19). Ya en un artículo publicado en el n.º 100 de esta revista, titulado «Ciberguerra y Derecho, el *ius ad bellum* y el *ius in bello* en el ciberespacio» (2014), desarrollaba el autor extensamente el tema que ahora actualiza y enfoca desde la perspectiva de la aplicación del DIH a la conducción de las ciberhostilidades. Para el desarrollo del tema, el autor se basa fundamentalmente en el *Manual de Tallín*, al que califica como el esfuerzo más notable realizado hasta la fecha sobre la aplicación del DIH a la ciberguerra. Se trata de una obra de carácter doctrinal que, bajo la dirección del profesor Michael Schmitt, resume las conclusiones de un grupo de expertos tras los debates habidos entre 2009 y 2012 en la capital de Estonia. Aquellos debates mostraron la complejidad de la aplicación de las normas convencionales o consuetudinarias del DIH a las peculiaridades únicas del ciberespacio. Por eso es de agradecer que en un tema tan complicado y debatido podamos

disponer, gracias al general Domínguez Bascoy, de una orientación fundamentada.

En la parte consagrada a la protección de las víctimas, la novedad introducida en la presente edición consiste en la inclusión de dos interesantes capítulos redactados por el profesor Rodríguez Villasante. El primero de ellos, que lleva por título «Participación directa de las personas civiles en las hostilidades» (capítulo 24), se construye como un comentario a la *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, elaborada por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). Lo que en él se trata es de establecer los límites de la inmunidad, establecida con carácter general al personal civil, que se consideran inexistentes para aquellos que participan directa o activamente en las hostilidades. Así, un civil que toma parte directa en las hostilidades no puede permanecer inmune a los ataques. Con base en los elementos proporcionados por la citada guía, y en consideraciones doctrinales, jurisprudenciales y de derecho consuetudinario, el profesor Rodríguez-Villasante nos ofrece una serie de criterios para solventar esta difícil cuestión de determinar cuándo y en qué circunstancias una persona civil deja de estar protegida por el DIH. En el segundo capítulo, «Ataques letales selectivos y ejecuciones extrajudiciales» (capítulo 25), se pone en cuestión el presunto fundamento legal de una práctica, reiterada en los últimos años, cual es la del ataque a presuntos terroristas por aviones no tripulados. Recuerda el profesor Rodríguez-Villasante que la aplicación conjunta de las normas del DIH y del derecho internacional de los derechos humanos (DD. HH.), no es compatible con la *licencia para matar* que se encuentra implícita en muchas ejecuciones extrajudiciales. Por una parte, los clásicos principios de distinción, de precaución y de proporcionalidad, establecidos por el DIH, así como el reconocimiento del derecho a la vida, proclamado por los Convenios de DD. HH., también aplicables en tiempo de guerra, son mecanismos de protección contra la violencia innecesaria de una política sistemática de asesinatos selectivos.

La parte relativa al sistema de eficacia del DIH, cuyo núcleo central son los capítulos redactados por el magistrado Fernando Pignatelli sobre tribunales internacionales, Corte Penal Internacional y protección de víctimas en el derecho penal español, viene enriquecida por dos nuevos capítulos. El primero es de carácter introductorio, redactado por el profesor Pérez González (capítulo 32) en el que se aboga por un fortalecimiento de la protección de las víctimas de los conflictos armados, mediante medidas nacionales y mecanismos y procedimientos internacionales de supervisión, informes o encuestas sobre la aplicación de las normas del DIH. No obstante, se reconoce por el profesor

Pérez González que, en el inicio del tercer milenio, son constatables muchos vacíos jurídicos y carencias institucionales en la aplicación del DIH. La superación efectiva de estas carencias no podrá darse sin la voluntad política de los Estados, en cuya base está el conocimiento y la difusión de las normas de DIH, especialmente entre los grupos sociales encargados de aplicarlas.

El otro capítulo, incorporado a la parte sobre el sistema de eficacia del DIH, ha sido desarrollado por el capitán auditor Abraham Martínez Alcañiz, y lleva por título «Jurisdicción Universal y crímenes de guerra» (capítulo 36). Como es sabido, el principio de justicia universal reconoce la competencia de los tribunales estatales para juzgar de determinados delitos de carácter internacional, con independencia del territorio en el que han sido cometidos y de la nacionalidad del delincuente o de la víctima. En relación con esta cuestión, los principales temas tratados por el autor son, en primer lugar, el sistema de jurisdicción universal instaurado por los convenios de Ginebra de 1949. De acuerdo con estos convenios, las altas partes contratantes se comprometen a respetar y hacer respetar lo pactado en todas circunstancias y, en consecuencia, a hacer comparecer ante sus propios tribunales a los autores de infracciones graves del DIH, sea cual sea su nacionalidad (art. 49 del CGI). El otro tema que aborda el capitán auditor Martínez Alcañiz es el del análisis del principio de justicia universal en el ordenamiento jurídico español. Se da cuenta aquí de la evolución sufrida desde la redacción inicial del art 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el que se contemplaba una justicia universal pura. Luego, ante la experiencia de las dificultades de orden político internacional, derivadas de la aplicación de este principio, vinieron las restricciones, primero de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, y, después, de la vigente Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo. Esta, al exigir que, para enjuiciar un delito, el sujeto activo del crimen internacional sea español, sustituye, en realidad, el principio de justicia universal por el de personalidad. Para el autor existe una contradicción entre esta ley orgánica y el principio de justicia universal, reconocido en los convenios de Ginebra, contradicción que podría, no obstante, ser salvada por la cláusula de salvaguardia de las obligaciones internacionales aceptadas en otros tratados vigentes en España.

Dada cuenta sucinta de las principales novedades y actualizaciones, incorporadas a la presente edición, solo queda reiterar, en cuanto a la valoración de conjunto de la obra, su carácter de obra de referencia, la competencia demostrada por los autores en el desarrollo de sus respectivos temas, y un cierto espíritu de equipo que confiere al conjunto de la obra unidad y coherencia.

EL CODIGO PENAL MILITAR DE 2015: REFLEXIONES Y COMENTARIOS

Directores: Francisco Javier de León Villalba, Ángel Juanes Peces
y José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto
Coordinadora: Beatriz López Lorca
Varios autores

Edit. Tirant lo Blanch

*Por: Coronel auditor director de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos
D. Francisco Luis Pascual Sarría*

Se ha publicado por la editorial Tirant lo Blanch un Código Penal Militar comentado, necesario tras la publicación de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, al contener esta norma numerosas novedades con respecto al código de 1985. El volumen ha sido coordinado por la D.^a Beatriz López Lorca, profesora en la Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca de la Universidad de Castilla-La Mancha; y dirigido por D. Francisco Javier de León Villalba, profesor titular de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha; D. Ángel Juanes Peces, vicepresidente del Tribunal Supremo, y, D. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, general consejero togado y profesor.

La aprobación del Código Penal Militar de 2015 supone la ruptura definitiva de una visión autónoma del derecho penal militar en favor de una normativa de naturaleza complementaria al Código Penal. Este enfoque ha supuesto una importante reducción del articulado tanto en la parte general del código, mediante la introducción de un conjunto de mejoras en el marco teleológico y garantista de la normativa punitiva castrense, como en la parte especial, mediante la reducción de los ilícitos a aquellos que afectan propia-

mente a bienes jurídicos militares. La obra ofrece un análisis pormenorizado de estas reformas desde una perspectiva que abarca tanto aspectos doctrinales como prácticos, aplicables al ejercicio de la jurisdicción militar. Dicho análisis es el producto de un trabajo colectivo que aúna el esfuerzo y la larga experiencia en la materia de los profesores, militares y jueces que han participado en la elaboración de los diferentes estudios, abordando precepto a precepto el contenido del texto punitivo castrense, con sus remisiones, por vía de la complementariedad, con el Código Penal ordinario.

El nuevo texto comienza con una introducción a cargo de D. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, en la que aborda la naturaleza del derecho penal militar, los antecedentes de la reforma, la pretendida complementariedad del Código Penal Militar anterior, las razones para abordar la reforma, el anteproyecto de 2014, los informes al anteproyecto, su tramitación parlamentaria y la estructura.

Posteriormente se procede al análisis pormenorizado de su articulado: en los artículos 1 a 8, D. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto aborda el ámbito de aplicación y las definiciones; los artículos 9 y 10, referidos al delito militar, son tratados por el profesor D. Francisco Javier de León Villalba; los artículos 11 a 23 referidos a las novedades punitivas del código, por el profesor D. Nicolás García Rivas; los artículos 24 a 29, delitos contra la seguridad (I), por la profesora D^a. Beatriz López Lorca; los artículos 30 a 37, delitos contra la seguridad y defensa nacional (II), por el general auditor Carlos Melón Muñoz; los artículos 38 a 44, delitos contra la disciplina, por el magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo D. Fernando Pignatelli y Meca; los artículos 45 a 48, delitos contra disciplina, por el magistrado y vicepresidente del Tribunal Supremo D. Ángel Juanes Peces; los artículos 49 y 50, delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas de los militares, por el mismo autor; los artículos 51 a 55, delitos contra los deberes del servicio (I), por el magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo D. Jacobo López Barja de Quiroga; los artículos 56 a 60, delitos contra los deberes del servicio (II), por el coronel auditor D. Jerónimo Domínguez Bascoy; los artículos 61 a 70, delitos contra los deberes del servicio (III), por el profesor D. Andrés Martínez Arrieta; los artículos 71 a 80, delitos contra los deberes del servicio (IV), por el coronel auditor D. Francisco Luis Pascual Sarría; los artículos 81 a 85, delitos contra el patrimonio militar, por el general auditor D. Antonio Lozano Ramírez; y, las disposiciones finales por el general consejero togado D. Rafael Eduardo Matamoros Martínez.

En definitiva, un interesante trabajo, para quien quiera aproximarse al conocimiento del derecho penal militar, y obra imprescindible para los estudiosos y operadores de esta rama del derecho.

GLOBALIZACIÓN Y CAMBIOS EN LA ACTUAL AGENDA DE SEGURIDAD

Autor: Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado
Colección Investigación
Editora: Susana Ferreira
Varios autores

*Por: Coronel auditor director de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos
D. Francisco Luis Pascual Sarria*

Se ha publicado por el Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, de Investigación sobre la Paz, la Seguridad y la Defensa, en su Colección de Investigación, un libro en el que, bajo el título *Globalización y cambios en la actual agenda de seguridad*, se comprenden las comunicaciones que, seleccionadas y evaluadas, fueron admitidas para formar este ejemplar, de entre las enviadas a las VIII Jornadas de Estudios de Seguridad celebradas durante los días 15, 16 y 17 de junio de 2016.

El volumen, que ha sido coordinado por los profesores: F. Severio Angió, Jara Cuadrado Bolaños, Alicia Gil Gil, Laura González Piote, Francisco Láuzara, Miguel Requena y Díez de Revenga y Pedro Vivas González, contiene las conferencias inaugurales y cuatro capítulos, con los trabajos de veinte autores.

Las ponencias inaugurales corrieron a cargo de los profesores Susana Ferreira y Francisco José Ruíz González, y versaron, respectivamente, sobre «Garantizar la seguridad en los espacios fronterizos», y, «Del Maidán a la guerra del Bajo Don: factores y actores clave en la crisis de Ucrania».

En el primer capítulo dedicado al «Crimen organizado transnacional y sus repercusiones para la seguridad», y moderado por los profesores Alicia

Gil y Gil, y Jara Cuadrado Bolaños, se incluyen las siguientes ponencias: «Aspectos operativos del ciclo de actuación de la Unión Europea contra la delincuencia organizada y las formas graves de delincuencia internacional», de D. Ignacio Allí Turrilas; «La financiación del DAESH y la respuesta internacional para su neutralización», de D.^a Rosa María Vargas y Martín; y, «Los urabeños. Bandas criminales en Colombia y crimen transnacional», de D. Janiel David Melamed Visbal.

Un segundo capítulo se dedica a las «Migraciones, seguridad y control de fronteras», moderado por D. Pedro Vivas Gonzáles y Francisco Láuzara, y en él se incluyen los trabajos: «Realidad y actualidad de la política exterior europea común en materias de asilo y protección internacional», de D. Juan Manuel Goig Martínez; y «La gestión de los refugiados sirios en Jordania y en el Líbano», de D.^a María González-Úbeda Alférez.

En el tercero de los capítulos, dedicado a «Ucrania y la seguridad de Europa del Este», moderado por D.^a Laura González Piote, se incluyen los siguientes artículos: «Cuatro enfoques en torno a la seguridad en Ucrania y Europa del Este», de D.^a Guadalupe Pacheco Méndez; «La estrategia de seguridad rusa tras Ucrania y Siria ¿potencia revisionista o de status quo?», de D. David Morales Hernández; «La política exterior de EE. UU. hacia Rusia y sus implicaciones para Europa oriental y la relación trasatlántica», de D. Juan Tovar Ruíz; y «El paradigma de relaciones energéticas entre Rusia y Ucrania tras el euromaidan: condicionantes contractuales y políticos», de D.^a Eva Pardo Sauvageot.

El cuarto y último capítulo dedicado al programa de doctorado en Seguridad Internacional, coordinado por los profesores Miguel Requena y Díez de Revenga y Francisco Saverio Angió, incluye los siguientes estudios: «La evaluación de políticas de gasto en el ámbito de las Fuerzas Armadas. Impacto en la evaluación en los Presupuestos del Ministerio de Defensa», de D.^a Beatriz Merino García; «El papel de la Armada en la protección del patrimonio cultural subacuático», de D.^a María del Pilar Martín Maroto; «Las consecuencias de la I Guerra Mundial sobre el escenario naval», de D. Adolfo Morales Trueba; «La responsabilidad de proteger: el desafío operacional frente a una doctrina inconclusa», de D.^a Dolores Bermeo Lara; y «La multipolaridad espacial y la priorización de las estrategias nacionales como factores que amenazan la gestión de los recursos orbitales en la segunda era espacial», de D. Miguel Yagüe Palazón.

En definitiva, un interesante trabajo, para quien quiera aproximarse al conocimiento de la seguridad internacional y su afectación.

ESCENARIOS DE INSEGURIDAD EN AMÉRICA LATINA Y LOS ACTUALES RETOS EN COLOMBIA

Autor: Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado
Colección Investigación

Editoras: Sonia Alda Mejías y Susana Ferreira

Varios autores

*Por: Coronel auditor director de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos
D. Francisco Luis Pascual Sarria*

Se ha publicado por el Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, de Investigación sobre la Paz, la Seguridad y la Defensa, en su Colección de Investigación, un libro bajo el título *Escenarios de inseguridad en América Latina y los actuales retos en Colombia*. La obra es fruto de la colaboración del instituto con la Universidad Militar Nueva Granada y la Escuela Superior de Guerra de Colombia en la realización de la IX Edición de la Semana Iberoamericana sobre Paz, Seguridad y Defensa.

El libro compila los aportes de importantes académicos nacionales e internacionales, y plasma el resultado del diálogo entre especialistas de diferentes procedencias académicas, institucionales y geográficas que analizaron en profundidad y desde diversas disciplinas el tema central: la paz en Colombia, el fin de un ciclo y la oportunidad de construir un modelo de seguridad para Iberoamérica. Gracias a este análisis se logró la construcción de nuevo conocimiento, objetivo con el que coinciden nuestras instituciones.

El volumen, a lo largo de cinco capítulos, contiene los trabajos de treinta y siete autores, recogiendo las últimas aportaciones que se están

realizando desde el espacio académico militar e institucional en el ámbito de la seguridad y defensa, centrado en América Latina.

En el primer capítulo dedicado al «Concepto de seguridad regional», se incluyen las siguientes ponencias: «Los desafíos de la delincuencia organizada transnacional para América Latina», de Alejandro Chamona y Yadira Gálvez; «Las fronteras como clarificadores de la definición y concepto de la seguridad y defensa en los países de la UNASUR: el libro de la Defensa de Chile de 2010», de Andrés de Castro García; «Migraciones Internacionales en América Latina y en el Caribe: tendencias transnacionales y retos a la seguridad», de Susana Ferreira; y «Postconflicto conflictivo: persistencia de la violencia en Colombia más allá de las negociaciones entre gobierno y guerrilla», de D. Vicente Torrijos y Luis Fernando Balaguera.

Un segundo capítulo se dedica a las «Nuevas preocupaciones en la seguridad: políticas públicas en Latinoamérica», y en él se incluyen los trabajos: «Planeamiento de políticas de seguridad y defensa», de Miguel Ángel Ballesteros Martín; «Brasil y Argentina en el Atlántico Sur: las políticas públicas dirigidas a la mar en perspectiva comparada», de Suzeley Kallil Mathias y Camila Cristina Ribeiro Luis; «Seguridad multidimensional y cooperación regional: nuevos escenarios para Iberoamérica», de David González Cuenca y Alberto Castillo Castañeda; «Rol de la fuerza pública colombiana en la seguridad ambiental: Caso de la triple frontera (Brasil, Perú, Colombia)», de Ana Milena Molina, Emilmar Sulamit Rodríguez Caldera y Douglas Eduardo Molina Orjuela; y «La seguridad ambiental e infraestructuras críticas», de Manuel Sánchez Gómez-Merelo.

En el tercero de los capítulos, titulado «Las fuerzas de seguridad del siglo XXI bajo un ejército comparativo», se incluyen los siguientes artículos: «Las Fuerzas Armadas en Centroamérica», de Pedro Trujillo Alvarez; «Colombia: desafíos, dilemas y estrategias de la fuerza pública para el posacuerdo», de David Andrés Rodríguez Camacho; «Las Fuerzas Armadas en Chile: modernización militar; 1992-2004», de Carlos Maldonado Prieto; «Militares policías y policías con estatuto militar», de Juan Carlos Bonilla Valladares; «Las Fuerzas Armadas del siglo XXI, en América Latina», de Sonia Alda Mejías; y «Una tercera fuerza en Colombia», de Calos Alfonso Velázquez R.

El cuarto capítulo hace referencia a «Tráficos ilícitos transnacionales y políticas alternativas», englobando los siguientes artículos: «Hacia un análisis del crimen transnacional organizado en América Latina», de Farid Badrán Robayo; «El impacto del tráfico ilícito de armas en la seguridad humana: análisis de una faceta de la globalización *desviada* y el fenómeno de la *convergencia*», de Carlos Enrique Álvarez Calderón y Lisa Mu-

ño; «La multidimensionalidad del combate al tráfico de armas: lecciones aprendidas del caso colombiano», de Carlos Alberto Ardila Castro, Rafael Castro Alegría, Carlos José Poveda Parra y Jaime Andrés Vidal Redondo; «El nuevo discurso en política de drogas. ¿Hacia el fin de 100 años de prohibicionismo estricto?», de Daniel Haering Keenam; y «Próximos pasos para la regulación legal de las drogas en América Latina», de Aram Barra.

El quinto y último capítulo está dedicado a «El papel de los medios de comunicación en la construcción de una cultura de paz»; y en él se incluyen: «La influencia de los medios de comunicación en la percepción de inseguridad en América Latina», de Alfredo A. Rodríguez Gómez; «Del enemigo al adversario: cultura de paz, comunicación y fortalecimiento de la deliberación pública», de Julián Enrique Penagos Carreño, Juan David Cárdenas y Carlos Antonio Pinedo Herrera; «Postacuerdo, políticas de comunicación y democracia en Colombia», de Yeilor Rafael Espinel Torres; y «Estrategias mediáticas en el cubrimiento de seguridad-violencia en un escenario en posconflicto», de Jaime Andrés Wilchez Tirijacá y Hugo Fernando Guerrero Sierra.

En definitiva, un interesante trabajo para quien quiera aproximarse a la complejidad del escenario y desafíos políticos actuales en América Latina, y la complejidad de los conflictos transnacionales, abordando desde el conflicto colombiano, hasta los tráficos ilícitos, y aportando los autores una amplia referencia bibliográfica.

NOTICIAS DE REVISTAS

NOTICIAS DE REVISTAS

Francisco Luis Pascual Sarriá
Coronel auditor director EMEJ

DERECHO INTERNACIONAL

En el volumen 68/2/2016, de la *Revista Española de Derecho Internacional* se han publicado los siguientes artículos de interés:

— «Lucha contra el terrorismo internacional: no solo del uso de la fuerza pueden vivir los Estados», de Ana Salinas de Frías.

— «Combatientes terroristas extranjeros y conflictos armados: utilitarismo inmediato ante fenómenos no resueltos y normas no consensuadas», de Francisco Jiménez García.

En el número 32 (2016) del *Anuario Español de Derecho Internacional* se incluyen los siguientes artículos de interés:

— «El uso de la fuerza contra el Estado Islámico en Irak y Siria: problemas de fundamentación jurídica», de María del Pilar Pozo Serrano.

— «La acción concertada de la Comunidad Internacional para la protección del patrimonio cultural en conflictos armados: Mali como paradigma», de Félix Vacas Fernández.

En el número 58 de los *Cuadernos de la Escuela Diplomática* (Selección de memorias del curso selectivo de funcionarios de la Carrera Diplomática 2016) se incluye el siguiente artículo:

— «El auge del ISLAM político en el Magreb. Respuestas de los Gobiernos. Actitud de España», de Raúl de la Rosa Machado.

En el número 59 de los *Cuadernos de la Escuela Diplomática* (Selección de memorias del máster de Diplomacia y Relaciones Internacionales 2015-2016) se incluyen los siguientes artículos:

— «La intervención en Irak de 2003 y el surgimiento del Estado Islámico», de Javier Biosca Azcoiti.

— «La zona de identificación de defensa aérea en el mar de la China Oriental. Legalidad y las políticas», de Daegoog Ha.

— «Análisis de los aspectos legales del ciberespacio. Las principales amenazas y el marco jurídico de la ciberseguridad en la Unión Europea», de Patricia Roldan Benhayón.

En el número 225 de *Military Law Review* se incluye el siguiente artículo: «Taking No Prisoners: The Need for an Additional Protocol Governing Detention in NonInternational Armed Conflicts», del mayor Britany R. Warren.

DERECHO ADMINISTRATIVO

En el núm. 107-I (enero-abril 2017) de la *Revista Vasca de la Administración Pública* se incluye el artículo «El ejercicio de derechos fundamentales a través de las organizaciones y los procedimientos administrativos», de José Cabrera Rodríguez.

En el núm. 108 (mayo-agosto 2017) de la *Revista Vasca de la Administración Pública* se incluye el artículo «Criterios definidores y conceptuales del enfoque basado en derechos humanos: de la teoría a la práctica», de Alfonso Chacón Mata.

DERECHO CONSTITUCIONAL

En el núm. 109 (enero-abril 2017) de la *Revista Española de Derecho Constitucional* se incluye el artículo «Las atribuciones del Gobierno en funciones», de Marc Carrillo.

En el núm. 110 (mayo-agosto 2017) de la *Revista Española de Derecho Constitucional* se incluye el artículo «Naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción», de Carlos Garrido López.

DERECHO PROCESAL

En el número I/2017, tomo XXIX, de la *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje* se incluye el artículo «La constitucionalización del proceso», de Antonio María Lorca Navarrete.

En el número 41 (enero 2017) de la *Revista General de Derecho Procesal* se incluye el artículo «Evolución histórica del estatuto jurídico de la víctima: especial referencia al derecho español», de Natalia Pérez Rivas.

CIENCIA POLÍTICA

En el núm. 175 (enero-marzo 2017) de la *Revista de Estudios Políticos* se incluye el artículo «¿Cómo se define el liderazgo en la defensa europea? Un análisis fsQCA», de Guillén Colom Piella, Iván Medina Iborra y José Antonio Peña Ramos.

DERECHO PENAL

En el número 27 (mayo 2017) de la *Revista General de Derecho Penal* se incluyen los siguientes artículos:

— «La detención ilegal cometida por funcionario público: tipos delictivos y criterios para su aplicación», de Ángeles Jareño Leal.

— «Atenuación de la pena por dilaciones indebidas y responsabilidad del estado ante la víctima», de Virginia Mayordomo Rodrigo.

NORMAS DE EDICIÓN Y PUBLICACIÓN

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR. NORMAS EDITORIALES

La *Revista Española de Derecho Militar (REDEM)*, iniciada en el año 1956, publicada en un principio por la Sección de Derecho Militar del Instituto Francisco de Vitoria del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, y posteriormente por el Ministerio de Defensa, tiene su sede en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos. Su objetivo es el de la difusión del conocimiento de las distintas ramas del Derecho militar, fundamentalmente penal, disciplinario, administrativo, internacional, constitucional, marítimo, aeronáutico o comparado, desde cualquier perspectiva científica, ya sea esta dogmática, histórica, sociológica o filosófica. A estos efectos, publica estudios originales sobre estas materias, dirigidos a juristas nacionales o extranjeros especializados en el asesoramiento jurídico militar o en el ejercicio de la jurisdicción militar. Asimismo se dirige a abogados, jueces o representantes del mundo académico, interesados en profundizar en la vertiente militar de sus respectivos ámbitos de especialidad.

La Revista tiene una periodicidad semestral y ha quedado indexada en Latindex.

Lo publicado en la *REDEM* no expresa directrices específicas ni la política oficial del Ministerio de Defensa. Los autores son los únicos responsables de los contenidos y las opiniones vertidas en los artículos.

Además de en soporte de papel, la Revista es accesible a través del Portal del Ministerio de Defensa, página web www.publicaciones.defensa.gob.es

REQUISITOS DE LOS TRABAJOS

La *REDEM* solo aceptará para su publicación trabajos originales. Salvo que concurran circunstancias excepcionales, se rechazarán trabajos publicados con anterioridad o remitidos paralelamente para su publicación en otras revistas, exceptuando los Premios Querol y Lombardero, que serán publicados.

Las colaboraciones podrán adoptar la forma de estudios y notas. Los estudios habrán de tener una extensión máxima de 20.000 palabras de texto, incluida la bibliografía, equivalentes a 50 páginas impresas. La extensión máxima de las notas es de 12.000 palabras correspondientes a 30 páginas impresas. Las colaboraciones deberán estructurarse en las siguientes partes: resumen, sumario, desarrollo.

Toda colaboración habrá de estar precedida por un resumen del contenido del artículo con una extensión máxima de 150 palabras, y cuatro palabras clave, acompañado de la correspondiente traducción o *abstract* en inglés, tanto del resumen como de las palabras claves y el título del trabajo.

El sumario encabezará el artículo, y en él se harán constar, de forma continua y sin puntos y aparte, los distintos apartados y subapartados en los que el tema se va a desarrollar.

El contenido del artículo será desarrollado siguiendo la estructura prefijada en el sumario. En cuanto al sistema de citas, se podrá optar bien por el sistema abreviado, consistente en indicar en el texto, entre paréntesis, el nombre del autor, año de aparición de la obra y número de la página, por ejemplo: (Rodríguez-Villasante 1987, p. 2), referido a un elenco bibliográfico al final del artículo; o bien el sistema tradicional con notas bibliográficas a pie de página. En cuanto a las citas bibliográficas, siempre que se cite la obra completa deberá ser presentada de la siguiente forma: APELLIDO/S, inicial del nombre, *Título*, lugar de edición, nombre del editor, año de aparición, número de página. En lo que respecta a la cita de los artículos de revistas, estos irán entre comillas y, en cursiva, el título de la revista; por ejemplo: RODRÍGUEZ VILLASANTE, J. L., «La modificación del Código Penal Español por la Ley Orgánica 5/2010, en materia de crímenes de guerra», *Revista Española de Derecho Militar* 95-96, 2010, p. 149.

Explicación de las normas de redacción:

- a. *Páginas escritas por una sola cara.*
- b. *New Times Roman 12.*
- c. *Interlineado: 1,5*

d. *Márgenes:*

- Superior: 3 cm
- Izquierdo: 3,5 cm
- Derecho: 1 cm
- Inferior: 2,5 cm

e. *Notas: siempre a pie de página. New Times Roman 10.*

f. *Citas bibliográficas, según el modelo siguiente:*

- *Libros: AUTOR -apellidos e inicial del nombre- (año publicación), Título, editorial (sin escribir ed.), lugar de edición, página/s en que se contiene la cita o se trata la cuestión; p. ej.:*

RODLEY, N.S. (2000), The Treatment of Prisoners Under International Law, Oxford University Press, Oxford, p. 35.

- *Artículos en revistas: AUTOR -apellidos e inicial del nombre- (año publicación), Título del artículo, Nombre de la Revista, tomo y número, páginas entre las que se contiene el artículo, página donde se contiene la cita; p. ej.:*

PEÑARRUBIA IZA, J.M. (2006), Los derechos del militar en Francia tras el Estatuto general de 2005: algunas conclusiones para la reforma del derecho español, Revista Española de Derecho Militar, núm. 88, pp. 19-56, p. 34.

- *Publicaciones digitales: como las publicaciones en papel, pero indicando el formato.*

- *Páginas web: AUTOR -apellidos y nombre-, dirección de la página, fecha y hora en que se ha consultado.*

Los trabajos serán enviados a la redacción de la Revista, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Camino de Ingenieros n.º 6, 28047 Madrid, preferiblemente en soporte electrónico, a la siguiente dirección de correo-e: emej@oc.mde.es. Una vez recibidos, se remitirá el correspondiente acuse de recibo.

NORMAS DE EVALUACIÓN

Tras la recepción del texto se procederá a una primera evaluación. Al menos dos miembros del Consejo de Redacción comprobarán que el trabajo se ajusta a los requisitos exigidos sobre extensión y sistema de citas, así como a la temática, metodología científica y líneas editoriales de la

REDEM, pudiendo rechazarse aquellos artículos que reproduzcan temas tratados en el número anterior. En el caso de ser rechazado el trabajo, se notificará al autor, a quien también se le podrá requerir, en su caso, para que efectúe las correspondientes modificaciones.

Cada colaboración será evaluada mediante el sistema de «doble referee». A estos efectos la colaboración se remitirá a un miembro del Consejo de Redacción de la Revista, experto en la especialidad de que se trate, y que tendrá la consideración de gestor. Este se encargará de la búsqueda de dos evaluadores externos, reconocidos expertos en la materia, a quienes se remitirá, para evaluación, el citado artículo, garantizando el carácter anónimo de su autor. Los evaluadores disponen de seis u ocho semanas para entregar sus informes motivados, que se ajustarán al formulario incluido en anexo. Para ser publicado, un trabajo deberá obtener los correspondientes informes positivos de esos dos evaluadores externos. En el caso de que uno de los informes sea negativo, se estará a lo que decida el gestor o, en su caso, el Consejo de Redacción, pudiendo ser enviado el trabajo a un tercer evaluador externo, cuya decisión será vinculante. Cualquiera de los evaluadores externos puede hacer observaciones o sugerir correcciones a los autores, a los que se dará un plazo adicional para incorporarlas a su trabajo. En este último supuesto, la publicación del trabajo, caso de que el gestor lo considere conveniente, se someterá de nuevo al Consejo de Redacción.

A los autores de los trabajos aceptados, caso de solicitarlo, se les expedirá un certificado en el que se haga constar que su manuscrito ha sido aprobado por el Consejo de Redacción de la *REDEM* y se halla pendiente de publicación. De igual modo a los gestores y evaluadores, caso de solicitarlo, se les expedirá por el secretario de la Revista el correspondiente certificado.

ANEXO
INFORME SOBRE EVALUACIÓN DE TEXTOS

TÍTULO 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



SECRETARÍA
GENERAL
TÉCNICA

SUBDIRECCIÓN GENERAL
DE PUBLICACIONES
Y PATRIMONIO CULTURAL



ISSN 0034-9399



9 770034 939003