

REVISTA  
*de* ESPAÑOLA  
DERECHO  
MILITAR

Escuela Militar de  
Estudios Jurídicos

n.º 104

---

Madrid (España) • julio - diciembre 2015 • ISSN: 0034-9399

---



MINISTERIO DE DEFENSA



REVISTA  
*de* ESPAÑOLA  
DERECHO  
MILITAR

**104** JULIO  
DICIEMBRE  
2015

MADRID

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

Edita:



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

© Autores y editor, 2015

NIPO: 083-15-140-0 (edición en papel)

NIPO: 083-15-141-6 (edición en línea)

ISSN: 0034-9399

Depósito Legal: M-523-1958

Fecha de edición: mayo 2016

Imprime: Imprenta 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 104 JULIO - DICIEMBRE 2015

## DOCTRINA

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

## ESTUDIOS

- Ignacio Álvarez Rodríguez: *La neutralidad política del militar español desde una perspectiva constitucional* ..... 17
- Jacobo López Barja de Quiroga: *Los delitos imprudentes en el ámbito militar* ..... 69
- Rafael José Gisbert Casasempere: *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*..... 101
- María de África Herrera Alonso: *El derecho procedente de la Unión Europea y sus relaciones con el derecho de los Estados miembros. Los principios que rigen estas relaciones y su proyección en el ordenamiento jurídico español*..... 131

## NOTAS

- José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto: *La muerte del ornitorrinco: un paso atrás en el cumplimiento del Derecho Internacional Humanitario. Apuntes de la XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Ginebra, 8-10 diciembre, 2015)*..... 163
- María del Carmen Virseda Fernández: *Prisión provisional* .. 187

## TEXTOS

### DOCUMENTACIÓN

- José-Leandro Martínez-Cardós Ruiz: *Doctrina Legal del Consejo de Estado*..... 211

### BIBLIOGRAFÍA

### RECENSIÓN DE LIBROS

- Por: Francisco Luis Pascual Sarría: *Los derechos fundamentales de los militares*. Autor: Isidro Fernández García ..... 235

## **INFORMACIÓN**

— Discursos apertura año judicial militar 2015-2016..... 239

## **NORMAS DE EDICIÓN Y PUBLICACIÓN**

# **DOCTRINA**





**RESÚMENES (ABSTRACTS) DEL NÚMERO 104  
(JULIO - DICIEMBRE 2015)**

**LA NEUTRALIDAD POLÍTICA DEL MILITAR ESPAÑOL  
DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.** Ignacio Álvarez  
Rodríguez

**Resumen:** El artículo estudia el principio de neutralidad política de los soldados españoles, obligación a la que están sometidos conforme a la Ley Orgánica 9/2011. La principal tarea propuesta es argumentar cómo y porqué dicha exigencia encaja dentro del marco jurídico constitucional e internacional (específicamente, del marco creado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

**Palabras Clave:** *Neutralidad Política, Derechos Políticos, Fuerzas Armadas Españolas, Constitución.*

**THE POLITICAL NEUTRALITY PRINCIPLE IN THE SPANISH  
MILITARY FROM A CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE.** Ignacio  
Álvarez Rodríguez

**Abstract:** The paper deals with the political neutrality principle of the spanish soldiers, an obligation settled in the Organic Act 9/2011. The main issue given is trying to argue how and why that obligation is in line with our constitutional and international law frame (namely with the Case-Law of the European Court of Human Rights).

**Keywords:** *Political Neutrality, Political Rights, Spanish Armed Forces, Constitution.*

## LOS DELITOS IMPRUDENTES EN EL ÁMBITO MILITAR.

Jacobo López Barja de Quiroga

**Resumen:** El trabajo aborda dos cuestiones fundamentales: por una parte, una visión general de los delitos imprudentes en el nuevo Código Penal Militar y, además, con mayor concreción un análisis del art. 77 de dicho Código, partiendo de la base de que este sigue –como no podía ser de otra forma– el sistema de los crimina culposa. Por otra parte, se examina la evolución, conformación, estructura y elementos desde un punto de vista dogmático de un delito imprudente, considerando siempre que su desarrollo ha de ser similar al del delito doloso.

**Palabras Clave:** *Delito imprudente. Estructura y elementos. Art. 77 del nuevo Código Penal Militar.*

**Abstract:** The paper addresses two key questions: on the one side, it provides a general overview on criminal negligence in the new Military Criminal Code and a deep analysis of art. 77 of that Code, which, as expected, follows the system of «criminal culposa». On the other hand, it analyses the evolution, definition, structure and components from a dogmatic point of view of a negligent crime, always considering that its development should be similar to malicious crimes.

**Keywords:** *Negligent crime / Criminal Negligence. Structure and components. Art 77 of the new Military Criminal Code.*

## EL DELITO DE PREVARICACIÓN DE AUTORIDADES Y FUNCIONARIOS PÚBLICOS. Rafael José Gisbert Casasempere

**Resumen:** El presente trabajo está dirigido al delito de prevaricación de autoridades y funcionarios previsto en el artículo 404 del Código Penal, no siendo motivo de estudio las llamadas prevaricaciones específicas previstas en los delitos contra la ordenación del territorio, el urbanismo, la protección del medio ambiente y la prevaricación judicial.

Analiza el bien jurídico protegido en el código penal, sus límites con las infracciones disciplinarias en que pueden incurrir los funcionarios públicos, así como las consecuencias jurídicas del delito.

La prevaricación administrativa, es un delito elaborado a partir de una concepción de control del poder, cuyas desviaciones y excesos son controlados judicialmente, exigiéndose responsabilidad penal cuando en el ejercicio de ese poder se produce una aplicación torcida del derecho, que es, el núcleo de la prevaricación.

La desviación de poder y la corrupción política y administrativa no son consustanciales a la democracia, son incompatibles con ella y con el control democrático de los actos administrativos.

**Palabras clave:** Prevaricación administrativa. Resolución injusta y arbitraria. Desviación de poder. Funcionarios públicos.

**Abstract:** This work is directed to the offense of prevarication by officials and public employees laid down in article 404 of the Penal Code, not being a matter of study the specific called prevarications provided for the offenses against the land management, urban planning, environmental protection and the judicial prevarication.

The criminal code analyzes the legally protected interest, its boundaries with the disciplinary infractions that may incur civil servants, as well as the legal consequences of the crime.

The administrative prevarication is a crime which was based on a conception of power control, whose abuses and excesses are judicially controlled, requiring criminal liability when the exercise of that power generates a skewed application of the law, which is the core of prevarication.

The misuse of governmental power, so as the political and the administrative corruption are not consubstantial to democracy. They are incompatible with it and with the democratic control of administrative acts.

**Keywords:** Administrative prevarication, Injustice and arbitrary resolution. Misuse of governmental power. Public officials.

## **EL DERECHO PROCEDENTE DE LA UNIÓN EUROPEA Y SUS RELACIONES CON EL DERECHO DE LOS ESTADOS MIEMBROS. LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN ESTAS RELACIONES Y SU PROYECCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.** María de África Herrera Alonso

**Resumen:** La integración de España a las entonces Comunidades Europeas supuso la aceptación de un ordenamiento jurídico autónomo y propio, el procedente de aquellas, constituido por los tratados originarios y por el derecho derivado generado por las distintas instituciones de la hoy Unión Europea. En el presente trabajo, se abordan los principios que rigen las relaciones que, necesariamente, han de producirse entre el Derecho de la Unión Europea y el derecho nacional, haciéndose especial mención de los principios de primacía del derecho europeo y del de efecto directo de sus normas. Estos principios se analizan no solo desde una perspectiva general, común a cualquier Estado miembro, sino también

desde un plano nacional, examinándose la forma en que han sido proyectados al ordenamiento jurídico español a través de los pronunciamientos que, sobre ellos, han adoptado tanto el Tribunal Constitucional, como el Tribunal Supremo.

**Palabras clave:** *Derecho de la Unión Europea, derecho nacional, principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, efecto directo y principio de cooperación leal.*

**Abstract:** The integration of Spain to the European Communities meant the acceptance of an autonomous legal system, consisting of the original Treaties and secondary legislation generated by the various institutions of the European Union today. The present article addresses the principles governing relations that must necessarily occur between European Union law and national law, with particular reference to the principles of primacy of European law and the direct effect of its rules. These principles are analyzed not only from a common perspective, but also from a national level, examining how they are designed into Spanish law through the pronouncements of the Constitutional Court and the Supreme Court.

**Keywords:** *European Union Law, national law, principle of primacy of European law, direct effect, principle of loyal cooperation.*

**LA MUERTE DEL ORNITORRINCO: UN PASO ATRÁS EN EL CUMPLIMIENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. APUNTES DE LA XXXII CONFERENCIA INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA Y DE LA MEDIA LUNA ROJA (GINEBRA, 8-10 DICIEMBRE, 2015).** José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto

**Resumen:** Este trabajo estudia el concepto del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y el mandato del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR, ICRC) en la promoción y desarrollo del derecho internacional humanitario (DIH, IHL), reconociendo el enorme sufrimiento humano y el aumento de las necesidades humanitarias causadas por los conflictos armados.

El documento analiza la XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Ginebra, 8-10, diciembre 2015) y la resolución «*Fortalecimiento del cumplimiento del derecho internacional humanitario*» (documento preparado por el Comité Internacional de la Cruz Roja conjuntamente con el Departamento de Asuntos Exteriores de la Federación Suiza).

Termina el análisis con una conclusión crítica: Al no respaldar esta iniciativa, los Estados pierden la oportunidad de ayudar a proteger a millones de personas.

**Palabras clave:** *Derecho Internacional Humanitario, Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Fortalecimiento del cumplimiento del derecho internacional humanitario y XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.*

**Abstract:** This research work analyzes the concept of the International Red Cross and Red Crescent Movement and the mandate to assist the ICRC in the promotion and development of International Humanitarian Law (IHL), recognizing the enormous human suffering and the increasing humanitarian needs caused by armed conflicts.

This document analyzes the 32<sup>nd</sup> International Conference of the Red Cross and Red Crescent (Geneva, 8-10, December 2015), and Resolution «*Strengthening compliance with international humanitarian law*» (document prepared by the International Committee of the Red Cross in conjunction with the Swiss Federal Department of Foreign Affairs).

To close the analyze with critical conclusion: By failing to support this initiative, States missed an opportunity to help to protect millions of people.

**Keywords:** *International Humanitarian Law, International Red Cross and Red Crescent Movement, Resolution Strengthening compliance with international humanitarian law, 32<sup>nd</sup> International Conference of the Red Cross and Red Crescent.*

## **PRISIÓN PROVISIONAL.** María del Carmen Virseda Fernández

**Resumen:** La prisión provisional es medida cautelar cuya legitimidad constitucional, exige la existencia de indicios racionales de la comisión de un delito por parte del sujeto pasivo y la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida. Se trata de una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de dichos fines.

El juez, en un primer momento, debe acudir a criterios objetivos para decretar o no la prisión provisional. En un momento posterior, será cuando pueda ponderarlas y valorar si procede o no dejar sin efecto la prisión.

La prisión provisional, al incidir en la libertad personal, requiere de causas específicas claras (peligro de fuga, posibilidad de obstrucción a la investigación y reiteración delictiva) que deben ser explicadas, explicitadas y justificadas adecuadamente para acreditar la legitimidad de la medida.

Ni la situación de prisión preventiva, ni la de libertad provisional, ni la cuantía de la fianza que permite acceder a la misma, constituyen situaciones jurídicas intangibles o consolidadas y por ello inmodificables, sino serán reformables durante todo el curso de la causa.

**Abstract:** Imprisonment without bail is a cautionary measure, whose constitutional legitimacy requires the concurrence of reasonable grounds, implying that someone has committed a criminal offence and that constitutionally legitimated goals are sought through it, in a coherent way with the character of the measure itself. We have hereby to deal with an extraordinary measure employed only in a subsidiary, temporary and balanced way, according to the aforementioned goals.

In a first approach the Judge has to take into account objective criteria to put into force such a measure of imprisonment without bail. Later on he will have to take the decision, whether to keep or to leave it out of force.

Given the fact that imprisonment without bail strongly affects personal freedom, it demands clear-cut and specific grounds (escape risk, inquiry obstruction and recidivism in crime) which need be explained and accounted for in order to lay down the lawfulness of the measure.

Neither imprisonment without bail by itself, nor liberty on bail, nor even the bail amount reflect unchangeable law situations, rather on the contrary, they remain subject to modification procedures during the whole life of the court proceedings.

# **ESTUDIOS**





**LA NEUTRALIDAD POLÍTICA DEL MILITAR ESPAÑOL DESDE  
UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL  
PREMIO DEFENSA 2015  
PREMIO JOSÉ FRANCISCO DE QUEROL Y LOMBARDERO**

Dr. D. Ignacio Álvarez Rodríguez  
*Centro Universitario de la Defensa (CUD) de San Javier*

*SUMARIO*

1.- Planteamiento. 2.- Posturas doctrinales sobre el reconocimiento de derechos políticos al militar español. 3.- Los derechos políticos del militar español en la normativa. 4.- Los derechos políticos del militar español en la jurisprudencia. 5.- El principio de neutralidad política. 6.- Conclusiones. 7.- Bibliografía.

**1. PLANTEAMIENTO**

El objetivo de las siguientes líneas es conocer en qué consiste la neutralidad política del militar español y cómo actúa a la hora de limitar algunos derechos políticos de los que es titular. La *Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de Derechos y Deberes de los Miembros de las Fuerzas Armadas*, trajo una nueva regulación que, a tenor de su contenido y tal y como se pretende exponer más adelante, no se antoja especialmente novedosa.

Para cumplir con lo propuesto se expondrá en primer término una breve referencia a las diferentes posturas doctrinales que existen a la hora de regular, en general, el binomio *derechos fundamentales-Fuerzas Armadas*. Posteriormente se reparará cómo se ha venido regulando la cuestión en nuestro país, así como el juicio que ciertos aspectos de la misma han mere-

cido al Tribunal Constitucional; posteriormente se harán algunas consideraciones sobre dicho régimen, centradas a su vez en cuestiones relacionadas con el derecho comparado, con el derecho internacional –especialmente con el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos– así como con las exigencias que plantea el principio arriba aludido desde una óptica puramente interna.<sup>1</sup>

## 2. POSTURAS DOCTRINALES SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS POLÍTICOS AL MILITAR ESPAÑOL

La democracia constitucional moderna parte de la base de que todos los ciudadanos –incluso los extranjeros en buena parte de ordenamientos– son titulares de los derechos individuales más elementales. Estos, que suelen llamarse *derechos fundamentales*, responden a una idea estructural como es la dignidad humana, que actúa de base para su reconocimiento.<sup>2</sup>

Nuestra Constitución de 1978 se inserta en dicha tradición (*ex* artículo 10 CE),<sup>3</sup> garantizando de forma amplia un conjunto de derechos fundamentales; derechos por lo demás íntimamente unidos a la propia esencia de la democracia.<sup>4</sup> Dentro de los mismos se encuentran los derechos políticos, cuyo núcleo se compone del derecho a la libre expresión (artículo 20 CE);

---

<sup>1</sup> A partir de ahora se emplearán las siguientes abreviaturas. Constitución Española, CE; Fuerzas Armadas Españolas, FAS. Tribunal Constitucional, TC; Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, LODN. Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, LOTC; Sentencia del Tribunal Constitucional, STC; Sentencias del Tribunal Constitucional, SSTC; Fundamento Jurídico, FJ; Fundamentos Jurídicos, FFJJ; Convenio Europeo de Derechos Humanos, CEDH; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH; STEDH, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de Derechos y Deberes de los Militares, LODDMFAS; Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, LORDFAS.

<sup>2</sup> Desde una perspectiva general, véase Gutiérrez Gutiérrez, I; *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005; y Oehling de los Reyes, A; *La dignidad de la persona*, Dykinson, Madrid, 2010. Desde el ámbito militar, véase Martín Retortillo, L; «Algunas reflexiones sobre la situación jurídica del soldado». En Ramírez Jiménez, M (ed.); López Ramón, F (dir.); Fernández López, J (coord.): *La función militar en el actual ordenamiento constitucional español*, Trotta, Madrid, 1995, p. 227 y ss.

<sup>3</sup> Vid. Díez Picazo, L.M<sup>a</sup>; *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008 (3<sup>a</sup> edición), p. 70 y ss.

<sup>4</sup> Según Ferrajoli, lo que caracteriza a una democracia auténtica a día de hoy, además de la participación del pueblo en los asuntos políticos, es el reconocimiento y garantía de tales derechos. Vid. Ferrajoli, L; *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Trotta, Madrid, 2011, *pássim*.

del derecho a la libre participación política (derechos de sufragio activo y pasivo, artículo 23 CE; y derecho de petición, artículo 29 CE); del derecho a la libre reunión y manifestación (artículo 21 CE); y del derecho a la libre asociación (artículo 22 CE).

No obstante, el ejercicio de alguno de estos derechos aparece ya limitado en la norma suprema para ciertas categorías de ciudadanos. Es, sin duda, el caso de los militares, quienes tienen restringidos *ex constitutione* el derecho de sufragio pasivo y el derecho de petición.<sup>5</sup> Fuera de tales supuestos, aquella no establece ulteriores límites a los derechos políticos de los militares, por lo que el legislador, respetando las exigencias constitucionales propias, podría haberlos reconocido sin cortapisas. Se puede ya adelantar que eso no ha sido así históricamente; tampoco es el caso de la reciente regulación que de los mismos hizo la LODDMFAS.

Explicaciones doctrinales a esta tendencia se han dado varias, aunque todas ellas pueden incardinarse en dos grandes visiones. Por un lado se ha hablado, y mucho, sobre la noción del *ciudadano en uniforme*, visión que privilegia un modelo de soldado que se implique en la vida política de su país, con pocas aunque necesarias limitaciones.<sup>6</sup> Por otro lado destaca la que defiende que la relación del militar profesional es una *relación de sujeción especial*, de la que derivan especiales cargas y deberes para el empleado.<sup>7</sup> Aunque esta noción dista de concitar la unanimidad doctrinal,

---

<sup>5</sup> El primero aparece limitado en el artículo 70.1. e) CE, donde se establece que: «La ley electoral determinará las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los diputados y senadores, que comprenderán, en todo caso: (...) A los militares profesionales (...) en activo». El segundo se limita en el artículo 29.2 CE, precepto que reza así: «Los miembros de las Fuerzas o Institutos armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar podrán ejercer este derecho solo individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica».

<sup>6</sup> La noción del *ciudadano en uniforme*, proveniente de Alemania, considera que el aislamiento al que quedaban sometidos los soldados no consiguió integrarlos en el sistema, al que veían ajeno y extraño.

Aun con las cautelas propias que impone la complejidad del caso alemán, parece que esa pudo ser una de las razones que condujo a que las Fuerzas Armadas alemanas fueran contra el *modelo weimariano*. Vid. Stein, T; «Rol de las Fuerzas Armadas en el Orden Constitucional de Alemania», *Ius et Praxis*, vol. 8, nº 1, 2002, pp. 1-10; y LAGUNA SANQUIRICO, F; «El Militar, Ciudadano de Uniforme (Deberes y derechos del soldado)», *Revista de Estudios Políticos*, nº 56, 1987, pp. 121-135.

<sup>7</sup> Desde la idiosincrasia de cada Estado, esta es la opción prevalente en Francia y en Italia. La noción ha tenido recepción en España a nivel normativo, jurisprudencial y doctrinal. Vid. Fernández García, I; «La sujeción especial del militar tras la nueva Ley Orgánica de Derechos y Deberes». *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 102, 2014, pp. 127-166. Gómez Martínez, R; *Derechos fundamentales y condición militar*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 91 y ss; Pascua Mateo, F; *Fuerzas Armadas y Derechos políticos*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2006, p. 73 y ss; y Peñarubia Iza, J.M<sup>a</sup>; *Presupuestos constitucionales de la función militar*, CEPC, Madrid, 2000, p. 89 y ss.

lo que todos parecen aceptar es que nos encontramos ante funcionarios públicos cualificados que requieren, por mor de su profesión y las exigencias que esta plantea, una regulación jurídica específica.<sup>8</sup> Lo que lleva a otra cuestión no menos interesante y que también irradia su fuerza en la materia; se habla de la doctrina de los *límites de los límites* de los derechos fundamentales, conjunto de técnicas jurídicas que velan por adecuar las eventuales restricciones que se impongan al ejercicio de tales derechos para que estos no se vean, en la práctica, vaciados de contenido.<sup>9</sup> Doctrina que sin duda se ha dejado sentir y que obliga al legislador a ser especialmente cuidadoso a la hora de regularlos, en aras de preservar el *principio de favor libertatis*.<sup>10</sup>

### 3. LOS DERECHOS POLÍTICOS DEL MILITAR ESPAÑOL EN LA NORMATIVA

La Historia española muestra cómo la relación entre política y Ejército no ha sido fácil.<sup>11</sup> Y no ha sido fácil porque ha sido demasiado intensa, siendo no pocas las veces que las FAS decidieron intervenir políticamente

---

<sup>8</sup> No obstante, hay que señalar que esta categoría jurídica ha sido ampliamente discutida, sobre todo por su objetivo primigenio, cual era que la Administración sorteara cualquier control parlamentario, fuera directo o indirecto. Vid. García Macho, R; *Las Relaciones de Especial Sujeción en la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1982; y López Benítez, M; *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994; recientemente, véase Prieto Álvarez, T; «La encrucijada de las relaciones especiales de sujeción»; *Revista de Administración Pública*, nº 178, 2009, pp. 215-247.

<sup>9</sup> Por todos, véase Presno Linera, M.A; «Los límites de los límites a los derechos fundamentales de los militares», *Boletín de Información*, nº 278, 2003, pp. 69-96.

<sup>10</sup> Postulado donde «la libertad es el principio y la limitación la excepción». Vid. Martín Retortillo, L; «Algunas reflexiones...», op. cit., p. 231.

<sup>11</sup> Sobre esta cuestión puede verse Puell de la Villa, F; *Historia del Ejército en España*, Alianza Editorial, Madrid, 2005; y Barcelona Llop, J; «Profesionalismo, militarismo e ideología militar», *Revista de Estudios Políticos*, nº 51, 1986, pp. 127-161. Al acabar la Guerra Civil española se dio pábulo a un conjunto de teorías que, de una u otra forma, insistían en la figura del *Ejército redentor*, Ejército que no solo tenía como deber inexcusable salvar a la sociedad, sino ser la fuerza política que mantuviera las esencias estatales, conservara el orden interno y, en suma, controlara al poder civil. Uno de los precursores de esta visión fue Oehling, H; *La Función Política del Ejército*, IEP, Madrid, 1967. En sentido muy similar, véase García Arias, L; «Las Fuerzas Armadas en la Ley Orgánica del Estado», *Revista de Estudios Políticos*, nº 152, 1967, pp. 137-156. Sobre estos debates puede verse López Ramón, F; *La Caracterización Jurídica de las Fuerzas Armadas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p. 216 y ss; y Cotino Hueso, L; *El Modelo Constitucional de Fuerzas Armadas*, CEP, Madrid, 2002, pp. 351 y ss.

ante unos acontecimientos determinados cuyo devenir deseaban, cuanto menos, corregir.<sup>12</sup>

A lo mejor por eso, y entre otras razones, cuando nuestro país se enfrentó a su *momento transicional*, se quiso privilegiar una absoluta neutralidad política de los miembros de las FAS respecto al proceso que nacía.<sup>13</sup> Ese deseo de mantener la neutralidad política se ha hecho mediante diferentes medios normativos, manteniéndose en el tiempo hasta llegar a nuestros días.

---

<sup>12</sup> La Historia de España está jalonada de intervenciones militares en política, desde las presiones verbales más sutiles y difusas hasta los cruentos golpes de Estado. Un estudio en profundidad de estos avatares puede verse en Fernández López, J; *Militares contra el Estado*. Taurus, Madrid, 2003. Ejemplo de ello sería el de la *Unión Militar Democrática* (UMD), organización necesariamente clandestina que actuó entre 1974 y 1977 con el objetivo de derrocar al franquismo mediante la reivindicación democrática. Los diversos documentos fundacionales así lo acreditan. Por ejemplo el *Ideario*, donde se explicitan diferentes «Objetivos Nacionales» tales como «(...) el restablecimiento pleno de los derechos del hombre y de las libertades democráticas»; realizar las «(...) reformas de tipo socioeconómico conducentes a igualar la distribución de la riqueza (...); el «reconocimiento en todos los organismos territoriales e institucionales del derecho a elegir democráticamente a sus autoridades y darles la forma de gobierno y organización que juzguen más adecuada (...); «(...) combatir con la máxima energía la corrupción, propiciada por el Régimen (...); y «(...) la convocatoria de una Asamblea Constituyente elegida democráticamente (...)». El documento, así como el resto de escritos que legó la Unión, pueden verse en la tesis doctoral elaborada por Gómez Rosa, F; *La Unión Militar Democrática en la Transición Política*, UCM, Madrid, 2007, pp. 599 y ss, (el texto se ha leído aquí: <http://www.eprints.ucm.es/7700/1/T29997.pdf>, el 18 de junio de 2014). El mismo autor ha publicado una versión reciente de la misma. Véase *Los militares olvidados por la democracia*, viveLibro, Madrid, 2013. Sobre el tema puede verse, entre otros, BUSQUETS, J; *Militares y Demócratas*, Plaza&Janés, Barcelona, 1999; y Fernández López, J; *UMD: Militares contra Franco. Historia de la Unión Militar Democrática*, Mira Editores, Zaragoza, 2002.

<sup>13</sup> Lo cierto es que ese periodo se caracterizó por las concesiones mutuas. En el caso de los Ejércitos, y visto el proceso con perspectiva, no fueron pocas. A lo largo del régimen franquista aquéllos habían participado activamente en la gobernanza del Estado desde diferentes altos órganos, cargos y puestos de la Administración (civil y militar), hasta el punto de que algún autor los consideraba la “cantera política” del franquismo. A ello debe sumarse que el estamento castrense aceptaba con suma naturalidad el hecho de que las Fuerzas Armadas no quedasen sujetas a un principio que a día de hoy está fuera de discusión, como es el pleno sometimiento a la autoridad civil. Vid BUSQUETS, J; *El Militar de Carrera en España*, Ariel, Barcelona, 1984; BAÑÓN MARTÍNEZ, R; Y OLMEDA GÓMEZ, J; “Las Fuerzas Armadas en España: Institucionalización y Proceso de Cambio”. En BAÑÓN MARTÍNEZ, R; Y OLMEDA GÓMEZ, J; *La Institución Militar en el Estado Contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1985, pp. 270-325; y OLMEDA GÓMEZ, J.A; *Las Fuerzas Armadas en el Estado Franquista*, Ediciones El Arquero, Madrid, 1988; recientemente, MARTÍN VILLA, R; “Claves de la Transición”, *Discurso de Recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 26 de noviembre de 2013 (el texto se ha leído aquí: <http://www.racmyp.es/docs/discursos/D86.pdf>, el 22 de mayo de 2014); y AZNAR FERNÁNDEZ- MONTESINOS, F; “Militares en la España de hoy”, *Claves de Razón Práctica*, nº 229, 2013, p. 8 y ss.

A) EL REAL DECRETO LEY 10/1977, DE 8 DE FEBRERO, POR EL QUE SE REGULA EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES POLÍTICAS Y SINDICALES POR PARTE DE LOS COMPONENTES DE LAS FUERZAS ARMADAS

Hija de su tiempo en todos los sentidos, esta norma con rango legal podría ser un buen reflejo de lo que se dijo más arriba. La restricción de los derechos políticos de los militares era, con la misma en la mano, casi absoluta.<sup>14</sup> Desde una concepción marcadamente tutelar –el Ejército como garante del sistema político en su conjunto– el preámbulo de la norma no dejaba lugar a dudas.<sup>15</sup> El artículo primero ejecutaba tales dictados, optando directamente por prohibir todo ejercicio de actividades políticas y/o sindicales dentro de cualquier dependencia militar.<sup>16</sup> A mayor abundamiento, en el artículo segundo se concretaba qué derechos acrecían a los militares, quedando solo salvada la posibilidad de ejercer el derecho de sufragio activo.<sup>17</sup> El resto de libertades a las que hemos hecho referencia más arriba

---

<sup>14</sup> Vid. Casado Burbano, P; «La despolitización de los militares profesionales en la España democrática». En Bañón Martínez, R; Y Olmeda Gómez, J; *Fuerzas Armadas y Sociedad*, II Jornadas de Sociología de la Asociación Castellana de Sociología, Madrid, 1983, p. 12 y ss.

<sup>15</sup> «(...) Son, pues, las Fuerzas Armadas una institución sustantiva fundamental en el orden de la sociedad, cimiento y garantía del Estado, de su supervivencia y de su vida, es decir, del orden institucional y de la actividad política. La naturaleza de su misión está más allá de las opciones políticas concretas. Las Fuerzas Armadas están directa y entrañablemente unidas al pueblo, del que nacen, y a sus instituciones fundamentales y son depositarias de su confianza y seguridad, polarizando su atención en la custodia de lo que es consustancial con la existencia misma de la Patria. Las Fuerzas Armadas no son, pues, ajenas a la política en su más fundamental acepción, es decir, a aquellas actividades orientadas a defender un orden que asegure el interés general de la Nación. Por ello, serenamente conscientes de su capacidad política potencial, las Fuerzas Armadas y sus miembros tienen el deber de mantenerse unidos para el mejor cumplimiento de su elevada misión cuando sus obligaciones constitucionales así lo exijan. Este deber impone a todos los componentes de las Fuerzas Armadas el debido respeto a cualquier opción política de las que tienen cabida en el orden institucional, sin que les sea lícito, en consecuencia, participar ni mostrar públicamente su preferencia por cualquiera de ellas (...).»

<sup>16</sup> «Quedan prohibidas las actividades políticas o sindicales dentro de los recintos, establecimientos, buques y aeronaves de las Fuerzas Armadas».

<sup>17</sup> «Quienes con carácter profesional formen parte de las Fuerzas Armadas, cualquiera que sea su empleo y situación, no podrán, salvo lo establecido en el artículo quinto: Uno.- Estar afiliados, colaborar o prestar apoyo a ningún tipo de organización política o sindical, salvo el derecho de sufragio activo. Dos.- Expresar públicamente, en cualquier forma, opiniones de carácter político o sindical, en relación con las distintas opciones de partido, grupo, asociación u organización. Tres.- Asistir a reuniones públicas de carácter político o sindical organizadas o promovidas por partidos, grupos o asociaciones de igual carácter. Asistir de uniforme o haciendo uso de su condición de militar a cualesquiera otras reuniones públicas de carácter político o sindical. Cuatro.- Ejercer cargos públicos o aceptar candidaturas para los mismos cuando sean electivos y tengan carácter político o

–y otras– solo podrían ser ejercidas, con carácter general y siguiendo el artículo quinto, si se solicitaba y obtenía el pase a la situación de *retirado*.<sup>18</sup> Dicho con otras palabras: en la práctica, pesaba mucho el uniforme y muy poco la condición de ciudadano.

Una voz autorizada en la materia, el teniente general y vicepresidente primero del Gobierno para Asuntos de la Defensa D. Manuel Gutiérrez Mellado, razonó algunos pormenores de dicha ordenación. La idea que subyacía a la misma, según dijo, era intentar consolidar a los Ejércitos como un bloque que «ha de ser invulnerable a cualquier intento de desunión». A su vez, no negaba la posibilidad de que cualquier soldado pudiera tener sus propias ideas («aisladamente»), pero el hecho de pertenecer a la institución exigía sacrificios especiales. Dicho con sus palabras: «(...) mientras llevemos nuestro uniforme e invoquemos nuestra condición de militar, debemos olvidarnos de toda causa política partidista, tanto en nuestros cuarteles, bases aéreas, arsenales y buques, como en nuestras reuniones y manifestaciones públicas –orales o escritas– sin que nos sea lícito afiliarnos, colaborar o prestar apoyo a ningún tipo de organización política o sindical, salvo el derecho a emitir nuestro voto electoral».<sup>19</sup>

Por lo demás, tampoco cabe eludir el momento histórico que encerraba *el otro* momento histórico: se iban a celebrar las primeras elecciones libres y verdaderamente democráticas después de casi cuarenta años. Con ello se quiere decir que esta norma, a priori muy poco adecuada a los derechos fundamentales que la Constitución vino a reconocer de forma sumamente generosa muy poco tiempo después, cumplió una importante función para

---

sindical. Cinco.- Aceptar y ejercer cargos públicos de designación directa, salvo los de la administración militar o que sean propios de su condición militar y los que se determinan en el artículo tercero».

<sup>18</sup> «Para poder ejercer las actividades que se mencionan en el artículo segundo, el personal al que el mismo se refiere deberá: Uno.- Solicitar y obtener el pase a la situación de “retirado”, con los derechos pasivos y asistenciales que le correspondan, si se trata de jefes, oficiales, suboficiales y clases profesionales. Dos.- Solicitar y obtener, si se trata de oficiales generales, el pase definitivo a “situación especial” que, con el exclusivo fin de posibilitarles el ejercicio de las mencionadas actividades, se crea por el presente real decreto ley. –Los que voluntariamente se acogieran a esta “situación especial”, a la que se puede acceder desde cualquier otra de las existentes en el generalato, tendrán los mismos derechos económicos y asistenciales que pudieran corresponderle en la situación de reserva.– A los demás efectos, incluso los jurisdiccionales, la “situación especial” queda equiparada a la de “retirado”. Tres.- No hacer uso del uniforme ni hacer valer su condición o jerarquía militar en el ejercicio de aquellas actividades»

<sup>19</sup> Gutiérrez Mellado, M: «Líneas maestras de la política militar». *Discurso pronunciado en la Capitanía General de Sevilla*, 7 de febrero de 1977. El texto puede consultarse aquí: [http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:IUGM-DocGGM-19770202&dsID=Transcripcion\\_del\\_documento.pdf](http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:IUGM-DocGGM-19770202&dsID=Transcripcion_del_documento.pdf). Leído el 4 de mayo de 2014.

el conjunto del pueblo español: garantizar la posibilidad de que ejerciera en libertad su derecho a elegir los representantes que estimase oportuno, sin interferencias de ningún sector; especialmente las que pudieran provenir del estamento militar.<sup>20</sup>

B) LA LEY 65/1978, DE 28 DE DICIEMBRE, DE REALES ORDENANZAS DE LAS FUERZAS ARMADAS

Andando bien poco en el tiempo, se promulgaron las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, con el revestimiento de rango legal ordinario.<sup>21</sup> En ellas también se hizo una regulación individual de cada uno de los

---

<sup>20</sup> Es sabido que existen en nuestro país voces que sostienen que el proceso transicional en España estuvo vigilado muy de cerca por el Ejército. Vid. CAPELLA, J-R; “LA Constitución tácita”. En CAPELLA, J-R (ed.); *Las Sombras del Sistema Constitucional Español*, Trotta, Madrid, 2003, p. 33 y ss. Pero la realidad más o menos actual del sistema político español no resiste dicha afirmación a juicio de otros expertos, para quienes “(...) nuestra democracia no es una democracia gobernada ni, menos aún, vigilada, es una democracia gobernante y abierta (...)”. Vid. HERRERO DE MIÑÓN, M; “Sobre el artículo 8 de la Constitución”, *El País*, 23 de enero de 2006 (leído aquí: [http://elpais.com/diario/2006/01/23/opinion/1137970807\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2006/01/23/opinion/1137970807_850215.html) el 5 de mayo de 2014). Recientes testimonios atestiguan, no obstante, que estas cuestiones son algo más complejas de lo que a priori pueda pensarse. Así, el que fuera Presidente del Gobierno, D. José Luis Rodríguez Zapatero, parecía mostrar cierta sorpresa cuando se le interrogaba sobre “si las Fuerzas Armadas habían aceptado de buen grado la orden del Gobierno de retirarse de Irak”. Mostrándose seguro de que la pregunta “no se hubiera trasladado a ninguno de los ejecutivos de los países de nuestro entorno”, el ex Presidente defendía que “era 2004 y [nuestras Fuerzas Armadas] habían acreditado su profesionalidad en la defensa de los principios constitucionales desde hacía mucho tiempo, pero aún pesaba la histórica cuestión militar de nuestro país”. Estas aseveraciones pueden verse en RODRÍGUEZ ZAPATERO, J.L; “Irak y la fuerza de la democracia”, *El Mundo*, 21 de abril de 2014 (el artículo se ha leído aquí: <http://www.elmundo.es/opinion/2014/04/20/535415bfca4741d56d8b4575.html>. Acceso: 2 de mayo de 2014). Sea como fuere, de lo que caben pocas dudas es de que la Constitución puso las bases para solucionar el llamado “problema militar”. Vid. SUÁREZ PERTIERRA, G; “Veinticinco Años de Constitución y Fuerzas Armadas”; *Revista de Derecho Político*, nº 58-59, 2003-2004, p. 97 y ss; y PÉREZ VILLALOBOS, M<sup>a</sup>.C; “La Configuración Constitucional de las Fuerzas Armadas”, *Revista Española de Derecho Militar*, nº 78, 2001, p. 145 y ss.

<sup>21</sup> El origen de las Reales Ordenanzas data de 1768, año en el que fueron publicadas bajo el reinado de Carlos III. Su principal razón de ser era codificar y sistematizar el régimen del personal militar en sus diferentes aspectos, haciendo especial hincapié en los principios éticos por los que debía regirse todo sujeto que integrase la carrera de las Armas. Para profundizar en tales aspectos véase la «Introducción Histórica» que figura en las *Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas*, Talleres del Servicio Geográfico del Ejército, Madrid, 1979, pp. 9-15. La fuerza de la tradición y la más que probable utilidad de las mismas a la hora de vertebrar el factor humano dentro de las FAS ha conducido a que estas sigan vigentes, ahora con rango reglamentario y recogiendo las evoluciones propias



derechos referidos más arriba. La tónica general que planea sobre esta no es muy diferente de la que se ha explicitado líneas atrás: un significativo recelo a que el militar se convierta en un sujeto políticamente vivo y dinámico, más allá de que pueda ejercer, si así lo desea, el derecho al sufragio activo.

Es así como se deja para el final de la norma la regulación de los deberes y derechos de los militares (Tratado Tercero, título V). Y dicha regulación comienza por recordar algo que casaría, peor o mejor, con lo que se dijo arriba: el militar es titular de derechos fundamentales (también políticos), pero verá seriamente restringido su ejercicio por exigencias derivadas de la profesión.<sup>22</sup> La restricción operaba a través de dos grandes mecanismos. De un lado, imponiendo severos límites a la hora de regular el marco de cada derecho individualmente considerado. De otro, reforzando el principio de neutralidad política, postulado que como luego se verá también tiene una relevante cuota de protagonismo en la actualidad.

Respecto a los primeros, destaca en primer término la libertad de expresión, libertad cuyo ejercicio quedaba sometido a autorización previa, en aras de proteger la seguridad nacional, así como para prevenir la utilización incorrecta de datos que solo por razón del cargo y/o destino se hubieren conocido.<sup>23</sup> La libertad de reunión se restringe intensamente en lo que hace a una de sus principales expresiones, como es el derecho a manifestarse.<sup>24</sup> Por lo demás, aquellas reuniones que quisieran celebrarse dentro de dependencias militares debían contar con la autorización expresa de su jefe. Con todo y con eso, la norma no permitía que el militar participase, interna o externamente, en algunas modalidades de reunión que podríamos denominar «sospechosas».<sup>25</sup> Otro tanto podría decirse de la libertad de asociación,

---

en la materia, en el *Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas*.

<sup>22</sup> Artículo 169: «El militar tiene los Derechos civiles y políticos reconocidos en la Constitución, sin otras limitaciones que las impuestas por ella, por las disposiciones que la desarrollen y por estas Ordenanzas».

<sup>23</sup> Artículo 178: «El militar tiene derecho a la libertad de expresión, pero necesitará autorización previa para su ejercicio cuando trate cuestiones que pudieran perjudicar a la debida protección de la seguridad nacional o utilice datos que solo pueda conocer por razón de su destino o cargo en las Fuerzas Armadas».

<sup>24</sup> Conviene tener presente que el derecho de reunión constitucionalmente reconocido *solo* engloba un derecho —el de reunirse— que puede ejercitarse de forma estática (concentración, reunión) y/o de forma dinámica (manifestación propiamente dicha). Vid. Díez Picazo, L.M<sup>a</sup>; *Sistema...*, op. cit., p. 389 y ss

<sup>25</sup> Artículo 180: «Los militares podrán reunirse libremente para fines lícitos, en lugares públicos o privados, observando lo que, con carácter general o específico establezcan las disposiciones vigentes. En las unidades, buques y dependencias será imprescindible la autorización expresa de su jefe. En ningún caso podrán tomar parte en manifestaciones de

cuya directriz obedecía al espíritu comentado: se permite que participen en asociaciones en tanto en cuanto dichas asociaciones no tengan carácter sindical y/o «reivindicativo».<sup>26</sup> En el otro lado de la balanza, se les reconocía sin ulteriores restricciones el derecho de sufragio activo;<sup>27</sup> y, como también venía siendo norma, el derecho de petición quedaba limitado al ejercicio individual, siguiendo las formalidades dictadas por aquella.<sup>28</sup>

Respecto al segundo, la neutralidad política fue asegurada tanto directa como indirectamente. Es así como, partiendo de la base de que el militar debía respetar toda opción política legítima desde el punto de vista constitucional, se exigía del mismo un riguroso apartamiento de cualquier actividad de índole política.<sup>29</sup> Indirectamente, las Reales Ordenanzas también seguían preocupadas porque lo político no contaminase el desempeño de la profesión. Aseveración que se ejemplifica en los gravosos requisitos que se imponían a los oficiales que decidieran seguir sirviendo a su país desde otro sector de la cosa pública.<sup>30</sup>

---

tipo político, sindical o reivindicativo». Según algunos expertos, el tratamiento normativo era el correcto. Por decirlo con las palabras de uno de ellos, « (...) Si se quiere mantener la neutralidad de las Fuerzas Armadas, la asistencia de uniforme de los militares a las manifestaciones o reuniones de tipo político no parece precisamente una práctica que contribuya a reforzar la imagen de un Ejército al servicio de todos (...)». Vid. Torres Muro, I; *El Derecho de reunión y manifestación*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 69 y 70.

<sup>26</sup> Artículo 181: «Los miembros de las Fuerzas Armadas, por cuyos intereses vela el Estado, no podrán participar en sindicatos y asociaciones con finalidad reivindicativa. Tampoco podrán condicionar, en ningún caso, el cumplimiento de sus cometidos a una mejor satisfacción de sus intereses personales o profesionales ni recurrir a ninguna de las formas directas o indirectas de huelga. Los militares podrán pertenecer a otras asociaciones legalmente autorizadas de carácter religioso, cultural, deportivo o social».

<sup>27</sup> Artículo 184: «Los mandos militares darán las debidas facilidades a los componentes de las Fuerzas Armadas para que puedan ejercer libremente su derecho a voto».

<sup>28</sup> Artículo 203: «Cualquier militar podrá dirigir propuestas a sus superiores haciéndolo individualmente y por conducto regular. Cuando sea autorizado para ello podrá recabar el parecer de sus compañeros para la consideración de posibles sugerencias, que habrán de ser presentadas por el más caracterizado. No se podrá solicitar ni conceder autorización para presentar reclamaciones o peticiones colectivas».

<sup>29</sup> Artículo 182: «Cualquier opción política o sindical de las que tienen cabida en el orden constitucional será respetada por los componentes de los Ejércitos. El militar deberá mantener su neutralidad no participando en actividades políticas o sindicales, ni tolerando aquellas que se refieren al ejercicio o divulgación de opciones concretas de partidos o grupos políticos o sindicales, dentro de los recintos militares. No podrá estar afiliado o colaborar en ningún tipo de organización política o sindical, asistir a sus reuniones ni expresar públicamente opiniones sobre ellas. Los militares no profesionales, durante el tiempo de prestación de su servicio en las Fuerzas Armadas, podrán mantener la afiliación que con anterioridad tuvieran, pero se abstendrán de realizar actividades políticas o sindicales».

<sup>30</sup> Artículo 211: «Todo militar que acepte ser designado para el desempeño de una función pública, se presente a elecciones para órganos representativos o participe de

Sobre esta regulación han existido abundantes debates no exentos de polémica. Debates que han llegado hasta casi la actualidad, dado que el *nuevo* estatuto jurídico de los militares no llegó hasta el año 2011. No se descubre el Mediterráneo si se dice que todos ellos tuvieron que ver, de un modo u otro, con la repercusión jurídica que supuso la entrada en vigor de la Constitución. Esta afectaba, formal y materialmente, al régimen de derechos y libertades en general y, consecuentemente, al de los miembros de las FAS. Para algunos autores, aquella debía ser la «correa de transmisión» que condujera a que los derechos fueran regulados adecuadamente.<sup>31</sup>

Una de esas polémicas ya fue apuntada al poco tiempo de aprobarse las Reales Ordenanzas vía ley ordinaria. Se dijo –y se siguió diciendo hasta fechas bastante cercanas– que las exigencias de los artículos 53 y 81.1 CE obligaban a regular la materia por ley orgánica, donde se respetase en todo caso el contenido esencial de cada uno de los derechos en liza.<sup>32</sup> Otra de ellas se interrogaba y se interroga sobre el posible efecto negativo que tales restricciones podían acabar produciendo entre los militares, haciéndoles refractarios a un sistema, el democrático, que nunca verían como propio porque este era refractario a darles cabida.<sup>33</sup>

Aunque las dudas no son pocas, todos los autores son plenamente conscientes –especialmente los que pertenecen a la carrera de las Armas, aunque no solo– que un Ejército no funcionaría si no se preservan algunos valores básicos intrínsecamente unidos a la institución, tales como la jerarquía, la disciplina, la unidad y –cuestión que nos interesa especial-

---

cualquier otro modo en la dirección de los asuntos públicos, pasará a la situación que señale la ley, que determinará los efectos que por tal causa se deriven para su carrera».

<sup>31</sup> Así opinaban, entre otros, Morales Villanueva, A: «Derechos y libertades del militar profesional», *Revista de Estudios Políticos*, nº 37, 1984, pp. 89-109; y Martínez Martínez, S: «Limitación a los derechos fundamentales de la Constitución en relación con las Fuerzas Armadas». En Ramírez Jiménez, M (ed.); López Ramón, F (dir.); Fernández López, J (coord.): *La función...*, op. cit., pp. 603-616; y Guaita Martorell, A; «Los derechos fundamentales de los militares». En Gómez Ferrer-Morant, R (coord.), *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasi*, Civitas, Madrid, 1989, p. 581.

<sup>32</sup> En ese sentido, véase Martínez Martínez, S: «Limitación...», op. cit. pp. 605 y ss; Martínez Martínez, R: «Las Reales Ordenanzas. ¿Una norma inconstitucional?». En Ramírez Jiménez, M (ed.); López Ramón, F (dir.); Fernández López, J (coord.): *La función...*, op. cit; pp. 501-512; Blanco Valdés, R: *La Ordenación Constitucional de la Defensa*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 92 y ss; Blanquer Criado, D: *Ciudadano y Soldado. La Constitución y el Servicio Militar*. Civitas, Madrid, 1996, p. 500 y ss; y Presno Linera, M.A: «Los límites...», op. cit, *pássim*.

<sup>33</sup> Vid. Buiza Cortés, T: «Los militares y el derecho de participación política». En Prieto, L; y Bruquetas, C (eds.); *Libertades Públicas y Fuerzas Armadas*, Ministerio de Educación y Ciencia- Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1986, pp. 369-389; y Casado Burbano, P; «La Despolitización...», op. cit., p. 15.

mente– la neutralidad política.<sup>34</sup> Al lector no se le escapará que el necesario correlato de dicha visión es la restricción de los diferentes derechos fundamentales de los militares.<sup>35</sup> Se abría así una de las principales líneas de investigación que ha concitado la atención normativa, jurisprudencial y doctrinal, como es la que intenta dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿cómo conseguir conjugar tales valores castrenses con la normatividad y eficacia de una Constitución tan preocupada por hacer realidad tales derechos?

C) LA LEY ORGÁNICA 9/2011, DE 27 DE JULIO, DE DERECHOS Y DEBERES DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS

Ese *nuevo* régimen al que aludíamos antes no se basa en postulados diferentes. La norma de 2011 también se preocupa por intentar conjugar los valores y bienes en juego a los que se acaba de hacer referencia. Veamos.

Ya en el preámbulo el legislador dirá que « (...) los miembros de las Fuerzas Armadas gozan de los derechos fundamentales y libertades públicas de aplicación general a todos los ciudadanos y las limitaciones para su ejercicio deben ser proporcionadas y respetuosas con su contenido esencial. [Las limitaciones] se deben establecer con el objetivo de que las Fuerzas Armadas, manteniendo sus características de disciplina, jerarquía y unidad y el principio de neutralidad, estén en condiciones de responder a las exigencias en el ámbito de la seguridad y la defensa nacional (...)».

Esto supone dos cosas, que aun obvias merecen ser recordadas. Por un lado, que nuestros soldados son titulares de los derechos fundamentales que la Constitución establece (va de suyo que en los términos que esta establezca). Por otro, que tales derechos, y en concreto los derechos políticos,

---

<sup>34</sup> Vid. Fernández García, I: «La sujeción especial...», op. cit., *pássim*; Nevado-Batalla Moreno, P; «Singularidades y perspectivas sobre el régimen disciplinario militar». *Documentos de Seguridad y Defensa*, nº 34, 2010, CESEDEN, Madrid, pp. 47-55; y Muñoz-Grandes Galilea, A; «Los Ejércitos ante la crisis. Capacidad de adaptación, firmeza de valores». *Discurso pronunciado en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 9 de abril de 2013 (se puede ver aquí: <http://www.racmip.es/intervenciones/INTERVENCIONES.CFM?i=1460&t=2>. Consultado el 2 de mayo de 2014).

<sup>35</sup> Desde una perspectiva aperturista, por todos, véase Presno Linera, M.A; «Los límites...», op. cit., p. 71 y ss. Desde una posición marcadamente institucional, así lo observa Fernández-Flores, J.L: «Los fundamentos del orden jurídico militar en el estado social y democrático de derecho». En Prieto, L; y Bruquetas, C (eds.); op. cit... p. 267 y ss.

se verán seriamente limitados para salvaguardar la eficacia de los Ejércitos en los ámbitos de acción que les son propios.<sup>36</sup>

A la hora de establecer dicho estatuto jurídico, el legislador creyó oportuno establecer como pórtillo el *principio de neutralidad política*. Este se concreta en una prohibición lindando con lo absoluto: en lo que aquí interesa, significa que al militar se le impide fundar y/o afiliarse a partidos políticos, debiendo observar una estricta neutralidad pública para con toda actividad que estos realicen.<sup>37</sup>

Dicho postulado atraviesa las libertades señaladas, hasta el punto de que los límites establecidos al efecto se han visto reforzados. La libertad de expresión es buen ejemplo de ello, puesto que queda sometida a las necesidades impuestas por la salvaguarda de la seguridad y defensa nacional, el deber de respeto, así como el debido a la dignidad de personas, instituciones y poderes públicos. Aun es más: se hace valer el principio de neutralidad cuando el militar esté ejerciendo su derecho a expresarse libremente, por cuanto se le veda formular cualquier tipo de pronunciamiento público referente a partidos y asociaciones políticas, así como respecto a

---

<sup>36</sup> Artículo 1: «Esta ley orgánica regula el ejercicio por los miembros de las Fuerzas Armadas de los derechos fundamentales y libertades públicas establecidos en la Constitución, con las peculiaridades derivadas de su estatuto y condición de militar y de las exigencias de la seguridad y defensa nacional (...)». Artículo 3: «Los miembros de las Fuerzas Armadas son titulares de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución, sin otros límites en su ejercicio que los establecidos en la propia Constitución, en las disposiciones que la desarrollan, en esta ley orgánica y en las leyes orgánicas penales y disciplinarias militares».

<sup>37</sup> Artículo 7: «1. El militar está sujeto al deber de neutralidad política. No podrá fundar ni afiliarse a partidos políticos y mantendrá una estricta neutralidad pública en relación con la actuación de los partidos políticos. 2. El militar no podrá ejercer el derecho de sindicación y, en consecuencia, no podrá fundar ni afiliarse a sindicatos ni realizar actividades sindicales. Tampoco permitirá su ejercicio en el ámbito de las Fuerzas Armadas, salvo las que para el personal civil se contemplan en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical y demás legislación aplicable. En todo caso mantendrá su neutralidad en relación con la actuación de los sindicatos. Los miembros de las Fuerzas Armadas no podrán recurrir a los medios propios de la acción sindical, entendida como negociación colectiva, adopción de medidas de conflicto colectivo y ejercicio del derecho de huelga. Tampoco podrán realizar acciones sustitutivas o similares a este derecho, ni aquellas otras concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de las unidades de las Fuerzas Armadas». Es importante acotar qué encierra tal deber, tal y ha podido verse en la polémica sobre la imposibilidad de que los militares participen en las elecciones primarias del PSOE. Aunque reconociendo que quizá es un «no problema», el profesor Flores entendía que tal concurso, en caso de haberse producido, no habría cuestionado el principio de neutralidad política por, entre otros motivos, no ser estrictamente un acto de colaboración con dicha formación. Vid. Flores, F; «¿Pueden los militares votar en las primarias?», *Al Revés y al Derecho*, 26 de marzo de 2014 (<http://alrevesyalderecho.infolibre.es/?tag=primarias>). Consultado el 20 de abril de 2014.

cargos públicos, consultas y procesos electorales, referendos y similares. Por si ello fuera poco, y cuando se trate de asuntos relacionados con el servicio, el ejercicio de este derecho queda supeditado a lo que imponga la disciplina militar.<sup>38</sup>

El derecho de reunión se ha regulado de forma similar a como se venía haciendo;<sup>39</sup> esto es, sin mucho margen de acción para el soldado. Así, en principio goza de este derecho conforme aparece regulado en la legislación específica. Pero deberá tener en cuenta que no podrá acudir a reuniones o manifestaciones de carácter político (o sindical), ni tampoco vestir el uniforme o emplear su condición de militar para participar en cualesquiera actos públicos de corte político. Retomando el espíritu y la letra de normas pasadas, toda reunión a celebrar en dependencia militar deberá contar con autorización expresa y previa del jefe de turno, aunque en este caso se añada que podrá denegarlas motivando tal decisión en aras de proteger ciertos bienes en juego.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> Artículo 12: «1. El militar tiene derecho a la libertad de expresión y a comunicar y recibir libremente información en los términos establecidos en la Constitución, sin otros límites que los derivados de la salvaguarda de la seguridad y defensa nacional, el deber de reserva y el respeto a la dignidad de las personas y de las instituciones y poderes públicos. 2. En cumplimiento del deber de neutralidad política y sindical, el militar no podrá pronunciarse públicamente ni efectuar propaganda a favor o en contra de los partidos políticos, asociaciones políticas, sindicatos, candidatos a elecciones para cargos públicos, referendos, consultas políticas o programas u opciones políticas. 3. En los asuntos estrictamente relacionados con el servicio en las Fuerzas Armadas, los militares en el ejercicio de la libertad de expresión estarán sujetos a los límites derivados de la disciplina».

<sup>39</sup> Vid. Pascua Mateo, F; *Fuerzas Armadas...* op. cit., p. 284 y ss.

<sup>40</sup> Artículo 13: «1. El militar podrá ejercer el derecho de reunión, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión pero no podrá organizar ni participar activamente en reuniones o manifestaciones de carácter político o sindical. Vistiendo el uniforme o haciendo uso de su condición militar, no podrá organizar, participar ni asistir en lugares de tránsito público a manifestaciones o a reuniones de carácter político, sindical o reivindicativo. 2. Las reuniones que se celebren en las unidades deberán estar previa y expresamente autorizadas por su jefe, que las podrá denegar motivadamente ponderando la salvaguarda de la disciplina y las necesidades del servicio». Este precepto se aplica al cuerpo de la Guardia Civil por expresa orden legal (Ley 11/2011, de 1 de agosto, para la aplicación a la Guardia Civil del artículo 13.1 de la Ley Orgánica 9/2011), lo que ocasionó que 489 miembros del cuerpo acudieran al Defensor del Pueblo para que interpusiera recurso de inconstitucionalidad contra la citada disposición por, entre otros motivos, vaciar de contenido el derecho de reunión. La Institución acaba rechazando la petición por entender que la norma permite cierto margen de acción en el ejercicio de aquel. Vid. Defensor del Pueblo; *Informe Anual 2011 y Debates en las Cortes Generales*, Madrid, 2012, pp. 918 y 919 (el documento puede verse aquí: [http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/anual/Documentos/Informe\\_2011.pdf](http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/anual/Documentos/Informe_2011.pdf); consultado el 19 de mayo de 2014). Algún autor también ha creído ver en dicha regulación ciertas trazas de inconstitucionalidad. Vid. Gualda Alcalá, F.J; «La doctrina constitucional sobre el derecho de reunión o manifestación con fines sindicales o reivindicativos: su aplicación a

Uno de los principales hitos de la norma que aquí se trae es el reconocimiento del derecho de asociación, con unos márgenes amplios y circunscritos a la normativa específica de desarrollo. Dicha amplitud desaparece si el militar desea asociarse bien para fines políticos bien para fines sindicales, puesto que no se les permite en ninguno de los dos casos; lo mismo sucede si desea vincular tal derecho a partidos políticos y/o sindicatos.<sup>41</sup>

Como establece el propio precepto, rige un régimen jurídico específico para las asociaciones militares, dedicando todo un capítulo a su concreción y pormenorización (Título III, capítulo I, artículos 33-45).

Otras manifestaciones de la libre participación no presentan especiales novedades. Se sigue imposibilitando que el militar sea candidato electoral en tanto en cuanto no esté en la situación legal prevista al efecto.<sup>42</sup> Por lo que hace al derecho de sufragio activo, se conmina a autoridades y mandos a que articulen los medios necesarios para los miembros de las FAS que deseen ejercer esta libertad y por diversas razones (destino, misión, servicio y/o guardia) pudieran verse ocupados en la jornada electoral pertinente.<sup>43</sup>

---

los miembros de las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil a la vista de las últimas reformas legales», *Revista de Derecho Social*, nº 55, 2011, pp. 151-160.

<sup>41</sup> Artículo 14: «1. Los militares tienen derecho a crear asociaciones y asociarse libremente para la consecución de fines lícitos, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación. 2. El ejercicio de este derecho cuando tenga como fin la defensa de sus intereses profesionales y los derechos establecidos en esta ley orgánica, se ajustará a lo dispuesto en el título III, capítulo I. 3. Las asociaciones de miembros de las Fuerzas Armadas no podrán llevar a cabo actividades políticas ni sindicales, ni vincularse con partidos políticos o sindicatos». La doctrina ha apuntado que la repercusión de dicho reconocimiento siempre plantea el problema de la sindicación, encubierta o no, de los cuerpos e institutos armados. Si en su momento se permitió el asociacionismo profesional en la Guardia Civil, el siguiente paso podría haber sido el levantamiento del veto para los militares, lo que como se ha visto no ha sucedido. Vid. Herbón Costas, J.J.; «Sobre el derecho de asociación profesional del militar. ¿Hacia una libertad sindical?»; *Revista Española de Derecho Militar*, nº 97, 2011, pp. 19-104.

<sup>42</sup> Pasando aquel automáticamente a la situación de *servicios especiales*, a tenor de la letra del artículo 109.1.d) de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar: «Los militares de carrera y los militares de tropa y marinería con compromiso de larga duración, serán declarados en situación de servicios especiales cuando (...) sean designados como candidatos a elecciones para órganos representativos públicos en ejercicio del derecho de sufragio pasivo o resulten elegidos en las mismas».

<sup>43</sup> Artículo 15: «1. Los miembros de las Fuerzas Armadas tienen derecho de sufragio activo; lo pueden ejercer de conformidad con lo establecido en la legislación sobre régimen electoral general. Las autoridades competentes y los mandos militares establecerán los procedimientos y medios necesarios para facilitar el voto de los militares que se encuentren en cualquier destino y misión, en especial fuera del territorio nacional o cuando estén de servicio o guardia coincidiendo con jornadas electorales. 2. Los militares se encuentran incurso entre las causas de inelegibilidad que impiden el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. Para ejercer este derecho deberán solicitar el pase a la situación administrativa

Por último, algo cabe decir del derecho de petición. La principal preocupación del legislador es que cualesquiera quejas que se deseen hacer llegar al mando deberán respetar unas reglas mínimas, tales como canalizarlas a través del conducto regular-jerárquico o plantearlas de forma respetuosa; ambas exigencias también han tenido su correlato en el desarrollo reglamentario oportuno.<sup>44</sup>

Llegados a este punto, se debe abordar el examen de lo que ha dicho el principal intérprete jurisdiccional de los derechos que aquí estudiamos (*ex* artículo 1 LOTC). Ese no es otro que el Tribunal Constitucional, por lo que a las siguientes líneas nos remitimos.

---

prevista, a estos efectos, en la Ley de la carrera militar». Un estudio acerca del voto de los soldados fuera de nuestras fronteras puede verse en Gálvez Muñoz, L: «El régimen de votación del personal de las Fuerzas Armadas en el exterior», *Revista Española de Derecho Militar*, nº 90, 2007, pp. 17-54; de similar tenor es el realizado por Oehling de los Reyes, A; «Los derechos fundamentales del personal militar embarcado en buque de guerra en misión internacional». *Estudios de Deusto*, Vol.1, nº 1, 2012, pp. 233-252.

<sup>44</sup> Artículo 16: «El militar podrá ejercer el derecho de petición solo individualmente, en los supuestos y con las formalidades que señala la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición. No son objeto de este derecho aquellas solicitudes, quejas o sugerencias para cuya satisfacción el ordenamiento jurídico establezca un procedimiento específico distinto al determinado en la citada ley orgánica. En el artículo 28 se establecen y regulan las vías para la presentación de iniciativas y quejas en el ámbito de las Fuerzas Armadas». Artículo 28: «1. El militar podrá plantear iniciativas y quejas relativas al régimen de personal y a las condiciones de vida, de acuerdo con lo que se establece en este artículo y en su desarrollo reglamentario, sin perjuicio del mantenimiento del conducto regular. 2. Las iniciativas y propuestas, que afecten con carácter general a los miembros de su categoría, se podrán presentar por cada militar en su unidad ante el oficial, suboficial mayor y cabo mayor designado a tal efecto, quienes las trasladarán al jefe de unidad. El jefe de unidad atenderá y resolverá, en lo que esté en el ámbito de sus competencias, las cuestiones planteadas o las remitirá, con el informe que proceda, al Mando o Jefatura de Personal del Ejército correspondiente. El Mando o Jefatura de Personal acusará recibo, analizará las propuestas en los órganos que se determinen y resolverá, en el ámbito de sus competencias, o las enviará a la Subsecretaría de Defensa. Anualmente se proporcionará información sobre el contenido de las propuestas y el resultado de su estudio. 3. Los miembros de las Fuerzas Armadas podrán presentar quejas relativas al régimen de personal y a las condiciones de vida siguiendo el conducto regular en la estructura jerárquica de las Fuerzas Armadas y haciéndolo de buen modo, verbalmente o por escrito. Si no se considerasen suficientemente atendidas podrán presentarse directamente y por escrito, remitiendo copia al jefe de su unidad, ante los mandos u órganos directivos que se determinen reglamentariamente, los cuales acusarán recibo e iniciarán, en su caso, el procedimiento que corresponda. En caso de rechazar la queja lo harán en escrito motivado. 4. Lo previsto en este artículo será sin perjuicio del ejercicio de los derechos y acciones que legalmente correspondan a los miembros de las Fuerzas Armadas». El desarrollo mencionado se realiza en el Real Decreto 176/2014, de 21 de marzo, por el que se regula el procedimiento para la tramitación de las iniciativas y quejas relativas al régimen de personal y a las condiciones de vida que pueda plantear el militar.



#### 4. LOS DERECHOS POLÍTICOS DEL MILITAR ESPAÑOL EN LA JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia que ha dictado nuestro Tribunal Constitucional no ha sido especialmente abundante hasta la fecha. La explicación no puede buscarse en otra causa que las severas restricciones ya vistas.

Tales resoluciones han sido dictadas conforme a la normativa anterior, pero dado que el marco jurídico no ha sufrido modificaciones de calado se puede colegir que los criterios explicitados en ella siguen plenamente en vigor. Criterios que confirman que, tanto directa como indirectamente, la neutralidad política y las consabidas restricciones a los derechos políticos basados en ella no han sufrido tacha de inconstitucionalidad.

Aunque como *obiter dicta*, el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de recordar que la neutralidad política de los militares es una exigencia que encaja en la Constitución, porque así lo reclaman las misiones constitucionales atribuidas a las FAS en su artículo 8.1.<sup>45</sup> En la STC 101/1991, de 13 de mayo, el juez de la Constitución sigue una interpretación «finalista y sistemática», mediante la cual «(...) resulta fácil establecer que la finalidad que persigue la LOLS al prohibir la actividad sindical en el interior de los “establecimientos militares” es la preservación de la neutralidad sindical de las Fuerzas Armadas, y así se deduce inmediatamente de las normas que regulan materias conexas dentro de la ordenación jurídica de las mismas, como son el Real Decreto Ley 10/1977, de 8 de febrero y la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, aprobatoria de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, cuyo art. 182 obliga al militar a mantener su neutralidad, no solo absteniéndose de participar en actividades políticas o sindicales, sino también “no tolerando aquellas que se refieran a grupos políticos o sindicales dentro de los recintos militares”. Por tanto, no puede abrigarse duda alguna de que la finalidad de la limitación impuesta por la disposición adicional tercera de la LOLS se asienta en el citado principio de neutralidad, que a su vez, al igual que otros particulares rasgos organizativos de la institución militar, encuentra su justificación en los fines que el art. 8 de la Constitución encomienda a las Fuerzas Armadas» (FJ 4).

Indirectamente, el razonar del TC al conocer de eventuales violaciones a derechos políticos concretos también permite acoger la neutralidad política como límite. Esto queda reflejado en la jurisprudencia dictada sobre la libertad de expresión y la libertad de asociación, por lo demás las únicas libertades políticas que han llegado al conocimiento del Alto Tribunal.

---

<sup>45</sup> En ese sentido, vid. Pascua Mateo, F; *Fuerzas Armadas...*, op. cit., p. 144 y 145.

A) JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El principal caso en la materia es el que resuelve la STC 371/1993, de 13 de diciembre.<sup>46</sup> El supuesto de hecho que desencadena el litigio es

---

<sup>46</sup> El Tribunal tuvo oportunidad de conocer bien pronto de una petición de amparo por parte de un oficial que había promovido, firmado y contribuido a difundir el llamado «Manifiesto de los Cien». El documento apoyaba sin ambages a los participantes en el Golpe de Estado del 23-F, quejándose amargamente de que estos sufrieran « (...) Ataques, insultos, injurias y calumnias generalizados o directos (...), todos ellos de historial militar brillante e intachable, sobre todo aquellos que por su jerarquía y edad fueron protagonistas de gloriosos hechos de armas, y cuyo valor e integridad profesional no pueden ser puestos en duda por simples conjeturas, sobre todo cuando algunos de ellos están pendientes de la sentencia de un consejo de guerra en cuyo resultado de hechos probados y en la calificación jurídica de estos hechos se determinará la honorabilidad o no de sus conductas (...)». Ante la sanción disciplinaria que se le impuso a dicho mando, confirmada posteriormente en sede judicial, el recurrente aducía haber ejercido su derecho a la libre expresión, libertad reconocida en los artículos 177 y 178 de las Reales Ordenanzas. Así fue como este dictó el ATC 375/1983, de 30 de julio, donde se inadmite a trámite el mismo. Buena parte de la fundamentación jurídica del mismo ha servido posteriormente al TC para abordar casos similares, como ahora se verá. Resumidamente, el Tribunal sostiene que «todo bien o valor constitucionalmente reconocido puede representar, en caso de conflicto, un límite para otros bienes o valores». Además, «dada la importante misión que a las Fuerzas Armadas asigna el art. 8.1 de la C.E., representa un interés de singular relevancia en el orden constitucional el que las mismas se hallen configuradas de modo que sean idóneas y eficaces para el cumplimiento de sus altos fines (...)». Por ello, «la específica naturaleza de la profesión militar exige en su organización un indispensable sistema jerárquico, manifestado en una especial situación de sujeción enmarcada en la disciplina, que impone una precisa vinculación descendente para conseguir la máxima eficacia y el factor de precisa conexión que obliga a todos por igual». Siendo esta disciplina un factor que «indudablemente condiciona el ejercicio por los militares de las libertades públicas realizadas a través de acciones colectivas en determinados supuestos», y entendiendo conforme a la Constitución el régimen jurídico de las peticiones regulado por el artículo 203 de las Reales Ordenanzas (FJ 2), analiza la fundamentación desde la óptica del debido respeto a la superioridad. Y no tanto a la militar, sino a quien en nuestro ordenamiento la ostenta porque así lo establece el texto constitucional: las Cortes y el Gobierno. Siendo esto así, el TC dirá que «tal poder representa constitucional y legalmente dicha superioridad de los firmantes, a los que en términos imperativos se hacen llegar propuestas o reclamaciones, pues es indudable que la publicidad del escrito pretendió servir de medio –no siendo precisamente el más discreto y respetuoso– para que las ideas y peticiones llegaren a su destino» (FJ 3). Habiendo constatado, pues, que la difusión del manifiesto quebró la disciplina exigible, y también la dejación de cumplir para con las obligaciones reglamentarias impuestas, concluye «que no existió en el caso juzgado una manifestación de la libertad de ideas, pensamiento o de expresión que estuviera constitucionalmente permitida» (FJ 4). El Tribunal también había dictado anteriormente la STC 51/1989, de 22 de febrero, donde se decidió si ciertas expresiones vertidas en un artículo periodístico respecto al Ejército entraban o no dentro de los márgenes constitucionales de la libre expresión. Sucedió que este –en concreto el Arma de Caballería– era el sujeto pasivo, el que recibió la presunta ofensa– mientras que el sujeto activo, presunto infractor, no era un militar sino un civil, persona a la que una Audiencia Provincial había condenado a un año de prisión menor por la comisión de un delito de injurias graves; condena que fue confirmada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

la publicación de una Carta al Director en el Diario Ya, donde un teniente coronel del Arma de Infantería opinaba sobre lo inadecuado del destino de ciertas partidas presupuestarias, mostrándose favorable de afectarlas a necesidades más urgentes. Ante tal publicación, se le sanciona disciplinariamente y, una vez recorrido el periplo contencioso-disciplinario militar y jurisdiccional militar correspondiente sin ver satisfecha su demanda, acciona la vía del amparo ante el TC. Y la Sala Segunda decide denegararlo.

El razonamiento del Tribunal se basa en un principio recurrente en este ámbito. Y es que el ejercicio de este derecho fundamental «está sujeto tanto a límites constitucionalmente expesos, como a otros que puedan fijarse para preservar bienes y derechos constitucionalmente protegidos; si bien, y como precisión necesaria, tampoco podrá atribuirse carácter absoluto a los límites a que ha de someterse el ejercicio de esas libertades: límites que se configuran como excepcionales ante el reconocimiento constitucional del derecho a la libertad de expresión » (FJ 2). Y es que es sabido que “hay sectores o grupos de ciudadanos sometidos a límites [en sus derechos fundamentales] específicos, más estrictos, en razón a la función que desempeñan” (FJ 3). A partir de ahí, conecta tales límites con las misiones constitucionales que se atribuyen a las FAS en el artículo 8 CE, las cuales requieren “una adecuada y eficaz configuración (...) de la que, entre otras singularidades, deriva su indispensable y específico carácter de organización profundamente jerarquizada, disciplinada y unida (arts. 1 y 10 RR.OO.) ».

Como consecuencia de ello, y de acuerdo con la doctrina constitucional antes citada, no cabe duda de que el legislador puede introducir determinadas peculiaridades o establecer límites específicos al ejercicio de las libertades reconocidas en la Constitución por los miembros de las Fuerzas Armadas (...). Y sigue: “el legislador podrá legítimamente imponer límites específicos al ejercicio de la libertad de expresión de los miembros de las Fuerzas Armadas siempre y cuando esos límites respondan a los principios primordiales y los criterios esenciales de organización de la institución militar, que garanticen no solo la necesaria disciplina y sujeción jerárquica, sino también el principio de unidad interna, que excluye manifestaciones de opinión que pudieran introducir formas indeseables de debate partidista dentro de las Fuerzas Armadas, o, en términos de la STC 97/1985, fundamento jurídico 4º “disensiones y contiendas dentro de las Fuerzas Armadas, las cuales necesitan imperiosamente, para el logro de los

---

El TC acaba por amparar al demandante, constatando que se ha vulnerado su derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 20 CE.

altos fines que el art. 8.1 de la C.E. les asigna, una especial e idónea configuración”; todo ello con cierta apoyatura en la jurisprudencia del TEDH del momento, ejemplificada en el *caso Engel*, de 1976» (FJ 4).

El Tribunal insiste en que «la protección del debido respeto a esos órganos y autoridades resulta un límite legítimo a la libertad de expresión de los miembros de las Fuerzas Armadas, justificado por las exigencias de la específica configuración de estas, y particularmente como garantía de la necesaria disciplina, entendida tanto en cuanto sujeción a los órganos jerárquicamente superiores, como en cuanto acatamiento y reconocimiento de la superior posición de los órganos encargados de manifestar la voluntad del Estado. No puede entenderse por ello desproporcionada la exigencia de una necesaria medida más estricta que la exigible de las no pertenecientes a las Fuerzas Armadas (...) en relación con la actuación de órganos constitucionales o autoridades civiles y militares» (FJ 5).

Constatando que los órganos jurisdiccionales han ponderado adecuadamente los bienes constitucionales en juego (FFJJ 6 y 7), deduce que lo que realmente sirvió de base para proceder a sancionar al oficial es «la falta de medida en la crítica pública formulada (...)», que se produjo, tal y como dictaminó el Tribunal Supremo, al haber formulado «juicios de valor en que, de forma abierta e inequívoca, se cuestiona la probidad pública de quienes (Gobierno y Cortes Generales) ejerciendo aquellos poderes, adoptaron la medida» (FJ 8). Por ello, estando ante manifestaciones irrespetuosas para con los órganos constitucionales referidos, y siendo legítimos los límites al derecho a la libre expresión de los miembros de las FAS desde el punto de vista constitucional (FJ 9), se deniega el amparo pedido.

Andando en el tiempo se dictaron dos resoluciones cuyo principal nexo unión fue que la libertad de expresión no era ejercida de forma aislada, sino que aparecía íntimamente ligada a otro derecho fundamental (el derecho a la defensa, reconocido en el artículo 24 CE).<sup>47</sup>

La primera de ellas fue la STC 288/1994, de 27 de diciembre, que traía causa de una presunta vulneración de la libertad de expresión del recurrente, militar de carrera y experto en Derecho, acaecida en el seno de un recurso de reposición.<sup>48</sup> A través de este, el actor discutía con dureza el nombramiento efectuado por el Ministerio de Defensa para ocupar un alto cargo

---

<sup>47</sup> Hay que hacer notar que la primera y la tercera tienen como sujeto activo a sendos militares, no así la segunda (protagonizada por un policía local). No obstante, las alusiones que el TC hace en aquella a las Fuerzas Armadas justifica el hecho de que se analicen conjuntamente.

<sup>48</sup> Doctrina aplicada expresamente en la STC 120/1996, de 8 de julio, que acaba amparando a un policía local.

de la Administración militar, lo que le acaba valiendo sanción disciplinaria por emitir expresiones contrarias al Gobierno. Para el Tribunal Constitucional tuvo una importancia clave que tales manifestaciones se vertieran en el escrito de reposición. El punto de partida de la *ratio decidendi* es, en buena medida, la resolución arriba comentada. Lo que caracteriza este caso es que las manifestaciones en cuestión se ligan al derecho a impugnar una resolución administrativa, «elemento particularmente trascendente» y que, en cualquier caso, no iban dirigidas a una autoridad militar, sino a un acto dictado por el propio Consejo de Ministros (FJ 2). Preguntándose si la sanción se adecúa a tales parámetros, el TC considera que prevalece «el derecho a exponer los propios argumentos en un procedimiento administrativo»; que la obligación jurídica impuesta a los militares de actuar «con buen modo» no puede ser interpretada «a ultranza de su tenor literal», si con ella se menoscaba tal derecho; y que, además, del análisis de las expresiones que motivaron la sanción se deduce que «es clara la vinculación entre las afirmaciones del actor y los argumentos jurídicos en que basa su tesis»; a lo que debe añadirse que no se aprecia «intento alguno de descalificación del órgano, sino del acto impugnado» (FJ 3).<sup>49</sup>

La segunda es la STC 102/2001, de 23 de abril. La Sala Primera conoció del caso de un capitán del Arma de Infantería también sancionado disciplinariamente por realizar manifestaciones de dudosa legalidad. Tales manifestaciones se habían insertado en un recurso de alzada, por lo que el problema se plantea en términos muy similares a los que se acaban de ver.

Y, de nuevo, esto será la clave para amparar al recurrente, aunque aquí el Tribunal hace notar una diferencia respecto de aquellos. Recordando que «la protección del deber de respeto a la superioridad y la correlativa limitación del derecho a la libertad de expresión encuentra especial justificación en exigencias vinculadas a la organización y configuración de las Fuerzas Armadas, y, por ello mismo, han de considerarse constitucionalmente legítimas aquellas restricciones del derecho que sean proporcionadas y obedezcan a motivos necesarios de aseguramiento de la disciplina y de la unidad de acción, imprescindibles para el logro de los objetivos que constitucionalmente se le han encomendado» (FJ 3), observa que «en el presente caso, a diferencia del decidido por la mencionada STC 288/1994, la impugnación en vía de recurso administrativo se hallaba dirigida contra un acto de la Administración que imponía sanción disciplinaria, y fue

---

<sup>49</sup> Esta línea jurisprudencial debe insertarse en un contexto más amplio, como es el que se dedica al estudio de la libertad de expresión en el marco de procesos jurisdiccionales. A tal fin, véase García Noriega, A; *Libertad de Expresión Forense de los Abogados*, Difusión Jurídica, Madrid, 2012.

ejercitada por militar carente de la condición de letrado, lo que refuerza en mayor grado, si cabe, la potencialidad del derecho a la defensa en su proyección con el derecho fundamental a la libertad de expresión, íntimamente entrelazados y aquí concernidos» (FJ 4). Trayendo específicamente la resolución dictada en el *caso Grigoriades* por el TEDH, el TC tiene en cuenta los criterios allí explicitados; esto es, para ponderar si la restricción es jurídicamente legítima se deben tener en cuenta criterios adicionales, tales como la «efectiva difusión de las manifestaciones», deduciendo la cobertura del artículo 10 CEDH cuando estas «presenten un insignificante impacto objetivo sobre la disciplina militar» (FJ 5). El Tribunal, aplicando tales cánones, dictamina que la sanción referida vulneró su derecho fundamental a la libertad de expresión, en conexión con el derecho a la defensa, por lo que otorga el amparo.<sup>50</sup>

Finalmente debe hacerse alusión a la STC 272/2006, de 25 de septiembre, que resuelve un amparo solicitado por un miembro de la Guardia Civil al que se le impuso una sanción de un año de suspensión de empleo por la comisión de una falta disciplinaria muy grave. El recurrente impugna tanto las resoluciones donde se establece dicha sanción como la sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo que desestima su recurso contencioso-disciplinario. Aquel considera vulnerados varios derechos fundamentales. Por lo que ahora interesa, debemos acercarnos a la presunta lesión de la libertad de expresión, en conjunción con la libertad de asociación (artículo 22 CE) y la libertad sindical (artículo 28.1 CE). El Tribunal recuerda la doctrina constitucional dictada a los efectos –que es la explicitada en sus líneas generales arriba– y resalta que, en todo caso, a un miembro de las FAS y/o de la Guardia Civil se le debe exigir la medida necesaria en la

---

<sup>50</sup> La resolución fue objeto de un voto particular por parte del magistrado D. Fernando Garrido Falla, al que se adhirió el magistrado D. Manuel Jiménez de Parga, donde se viene a defender un reforzamiento de la disciplina militar. Una vez constatado que los términos literales del recurso son de todo menos adecuados, se plantea que «el problema está en determinar hasta qué punto el derecho de libre expresión en el ejercicio del derecho de defensa constituye argumento suficiente para exonerar de sanción una conducta que, en condiciones normales, es contraria a la disciplina militar y, por tanto, merecedora de ser sancionada». La respuesta que se da es negativa, por diversas razones; aquí, destacaremos una, y es que «las reglas de la disciplina –columna vertebral de la organización militar– no pueden desconocerse so pretexto de que el recurso ordinario es un medio de defensa procedimental y la defensa lo permite todo. A mi juicio, ni la defensa, ni la libertad de expresión; pues una cosa es intentar demostrar la incorrección del acto administrativo que se recurre y otra bien distinta agredir verbalmente o por escrito el autor de dicho acto. La libertad de expresión no puede servir, obviamente, para crear un ámbito exento para actuaciones que el ordenamiento jurídico prohíbe e incluso castiga (delitos de injuria y calumnia)».

manifestación de cualesquiera opiniones. Incluso si este, como era el caso de autos, es representante sindical.

El respeto a sus superiores y la preservación del buen funcionamiento del servicio y de la institución policial son, por tanto, límites legítimos de la libre expresión de opiniones y juicios de valor. Interrogándose sobre la ponderación hecha por el órgano jurisdiccional anterior, el Tribunal constata que se ha realizado correctamente, por formular «graves denuncias respecto a diversas cuestiones relacionadas con el funcionamiento interno de la Guardia civil, con el empleo de juicios de valor ciertamente ofensivos hacia los superiores jerárquicos (...). Los juicios vertidos por el recurrente a través de las reseñas periodísticas exceden claramente de la prudencia y mesura con que debe expresarse un miembro de la Guardia civil. Es decir, es la falta de la necesaria mesura en la crítica formulada por el recurrente a la actuación de los mandos de la Guardia civil, y no la crítica misma, lo que justifica la sanción impuesta» (FJ 9).

#### B) JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE LIBERTAD DE ASOCIACIÓN

El otro derecho fundamental que ha merecido la atención directa del Tribunal Constitucional ha sido la libertad de asociación, reconocida en el artículo 22 CE. Y la ha merecido tanto para el ámbito de la Guardia Civil como para el ámbito de las Fuerzas Armadas *stricto sensu*.<sup>51</sup>

Así fue como se dictó la STC 291/1993, de 18 de octubre, resolución que tuvo que conocer del amparo que le solicitaba la *Unión Democrática de Guardias Civiles*, asociación solicitante de la pertinente inscripción registral y que obtuvo como respuesta la denegación por silencio administrativo. Ante tal proceder, y sin entrar en el fondo del asunto, el Tribunal Constitucional dictaminó «que la actuación administrativa supuso en este caso una obstaculización enteramente inmotivada del pleno ejercicio del derecho entonces invocado, pues es claro que la libertad de asociación no se realiza plenamente sino cuando se satisface la carga de la inscripción registral que la Constitución impone (art. 22.3) y que la Administración no puede denegar arbitraria o inmotivadamente» (FJ 2). Como quiera que la misma actuó así, entiende el Tribunal que se ha vulnerado la libertad en litigio, amparando al recurrente. Así fue como en el apartado 3º del Fallo se ordenó que aquella quedaba «obligada a dictar una resolución expresa y motivada sobre la procedencia de la ins-

<sup>51</sup> Vid. Herbón Costas, J.J; «Sobre el derecho»... op. cit., p. 4 y ss.

cripción solicitada». Tal obligación se cumplió, denegándose el asiento solicitado.<sup>52</sup>

Con todo y con eso, la que parece revestir mayor importancia es la STC 219/2001, de 31 de diciembre. En esta se impugnan una serie de resoluciones administrativas y judiciales que, a juicio del recurrente, habían vulnerado su derecho a la libre asociación. El motivo residía en la negativa a la inscripción en el Registro de Asociaciones de la *Hermandad de Personal Militar en Situación Ajena al Servicio Activo*, porque se consideró que uno de los fines de la misma<sup>53</sup> quedaba prohibido por el artículo 181 de las Reales Ordenanzas. El Tribunal, recordando algunos aspectos básicos del régimen del derecho de asociación, acude a la resolución arriba comentada para establecer que no solo la omisión de respuesta a la petición de inscripción es lesiva para con el derecho de asociación sino que también una denegación «infundada o arbitraria» puede quebrarlo (FJ 5). A partir de ahí constata que el legislador orgánico puede establecer límites al mismo en aras de proteger otros bienes con relevancia constitucional. Pero estos, a su vez, quedan supeditados a cumplir ciertas exigencias formales y materiales. Las importantes para el caso concreto van a ser las segundas, en tanto en cuanto estas deben ser «ciertas y previsibles», amén de resultar proporcionadas y respetuosas para con el contenido esencial de aquel. Aplicadas al presente caso el TC observó que no habían sido respetadas. El *quid* de la cuestión pasaba por las resoluciones impugnadas. Y estas, sobre todo las judiciales, habían encauzado el caso como un ejercicio encubierto del derecho a la sindicación, vedado para los militares conforme al artículo 1.3 de la Ley Orgánica 11/1985, de Libertad Sindical. Al creer que el artículo 3 c) de los estatutos de la Hermandad pretendía llevar a cabo «actividades reivindicativas», y estando estas prohibidas para los militares, la consecuencia que ambas resoluciones estimaron conforme a Derecho era dictaminar que la administración había actuado correctamente. Tal y como dice el TC, «nada permite afirmar que una asociación, por el hecho de perseguir la satisfacción de intereses económicos, sociales o profesionales de sus asociados, se convierta en un sindicato o pueda ser equiparado al mismo a los efectos del art. 28.1 CE. Ello supone, en primer lugar, una indebida restricción del derecho de asociación, por aplicación de un criterio contrario al principio de interpretación de la legalidad en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales, reiteradamente reconocido

<sup>52</sup> Vid. Pascua Mateo, F: *Fuerzas Armadas...*, op. cit, p. 380.

<sup>53</sup> Según el artículo 3.c) de los estatutos, la asociación tenía como uno de sus fines «realizar las gestiones precisas para conseguir para sus miembros cuantos beneficios sean posibles tanto en el aspecto económico como en el moral o social».



por este Tribunal (STC 146/1999, de 27 de julio, FJ 6). Y supone también una indebida extensión, a los expresados efectos, del concepto de sindicato, al desconocer, de hecho, otros rasgos que lo caracterizan, tanto histórica como legalmente» (FJ 10). A mayores, «la Hermandad no pretendió en ningún momento su reconocimiento como sindicato»; además, «de los fines estatutarios no se deduce que la Hermandad se constituya en contrapoder frente a la Administración militar, ni que la Hermandad pretenda —más allá del estricto ámbito subjetivo de sus socios— la defensa o promoción de los intereses propios de los militares»; y, lo que es definitivo, el artículo 1 de tales estatutos señalaba que «la Hermandad se constituye sin ánimo de lucro y con renuncia expresa a toda actividad política o sindical» (FJ 11). Razones todas ellas suficientes para que el TC otorgue el amparo.<sup>54</sup>

## 5. EL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD POLÍTICA

Llegados hasta aquí, no podemos eludir las razones por las que el estatuto jurídico-político de los militares españoles se configura de tal forma. Aquí vamos a centrarnos en una que destaca por encima del resto. Es la que se refiere al principio de neutralidad política y a cómo irradia su fuerza.

### A) EL DEBER DE NEUTRALIDAD POLÍTICA COMO UNA REALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

Los argumentos que suministra el Derecho Comparado sirven de guía orientativa a la hora de abordar la materia; y es conocido que, en la que aquí nos ocupa, cada Estado la ha regulado desde perspectivas puramente

---

<sup>54</sup> La resolución no solo es interesante por lo que se acaba de reseñar. El magistrado D. Julio González Campos evacuó voto particular donde se separaba de la mayoría por un único motivo: no elevar al Pleno cuestión de constitucionalidad sobre el artículo 181.1 de las Reales Ordenanzas. A juicio del juez constitucional, la norma no respetaba los cánones de constitucionalidad del derecho discutido. Formalmente, porque estas ni tenían rango orgánico ni habían sido reiteradas por una norma orgánica posterior. Materialmente, por diversos motivos relacionados con uno solo y taxativo: la prohibición introducida por dicha norma no tiene fundamento constitucional alguno en el artículo 22 CE. Incluso se dirá que la limitación que introduce la misma ni es previsible ni es cierta, incumpliendo así uno de los test a los que el legislador queda sujeto cuando de regular derechos fundamentales se trata. Si a ello se le suma que los destinatarios de la prohibición son definidos genéricamente, el juez concluye que todo ello conduce a que la Administración pueda interpretar y aplicar extensivamente tal restricción, lo que deviene en «ilegitima» para con el derecho consagrado en aquel.

idiosincráticas. El comportamiento que los ejércitos hayan tenido en el pasado, las misiones que sus constituciones –o normas de inferior nivel– les hayan atribuido y, en suma, lo que esperan las sociedades democráticas de unos militares que se presumen profesionales, son algunos factores que han influido a la hora de determinar qué derechos políticos tienen y hasta qué punto se limita (o no) su ejercicio.

En ese sentido se aprecia que, en tanto que la regulación difiere en función del Estado en cuestión, todos o casi todos ellos establecen el deber de guardar neutralidad política.<sup>55</sup> Partiendo de esa base, lo cierto es que las restricciones son de intensidad diferente. Así, se encuentran países que fijan *restricciones altas* (caso de Polonia);<sup>56</sup> otros donde rigen *restricciones moderadas* (caso de Italia, Bélgica o Reino Unido, donde los límites operan en gran medida cuando el ciudadano viste el uniforme; o caso de Croacia o Luxemburgo, donde se exige autorización y/o notificación para llevar a cabo actividades políticas); y finalmente, aquellos que han adoptado *restricciones leves* (Holanda y Alemania, entre otros). Aunque sería complicado incluir a nuestro país de forma definitiva en alguna de las tres categorías, podríamos situarnos, a tenor de lo visto, entre la primera y la segunda.<sup>57</sup>

Aunque desde una filosofía jurídica diferente a la que impera en los sistemas basados en el modelo continental, el modelo de los Estados Unidos de América aporta algunas cuestiones de interés que merece la pena comentar, siquiera brevemente. Su modelo de neutralidad política se plasma en la directiva del Departamento de Defensa nº 1344.10, de 19 de febrero de 2008, sobre *Actividades Políticas de los Miembros de las Fuerzas Armadas*.<sup>58</sup> Animando a los militares a que desarrollen las «obligaciones

---

<sup>55</sup> Así lo recogen Leigh, I; y Born, H; *Handbook on Human Rights and Fundamental Freedoms of Armed Forces Personnel*, Osce-Odihr, Warsaw, 2008, p. 56 y ss.

<sup>56</sup> El Tribunal Constitucional polaco tuvo que dirimir si la prohibición de afiliarse a un partido político era o no conforme al marco jurídico vigente en aquel momento. Respondió afirmativamente, haciendo especial hincapié en el principio de neutralidad política, conformado por dos exigencias: la inexistencia de un poder militar autónomo dentro del Estado, capaz de influir en las decisiones políticas, y el apartamiento de las Fuerzas Armadas del área de influencia propia de los partidos políticos. Vid. Leigh, I; y Born, H; *Handbook...* op. cit., pp. 61 y 62. El litigio llegó hasta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que en la STEDH de 10 de abril de 2012 confirmó el parecer del juez de la Constitución polaco y declaró que tal medida no atenta contra el artículo 11 CEDH. Se verá posteriormente.

<sup>57</sup> Hay autores que sostienen, dicho así o con palabras muy similares, que el estatuto jurídico de nuestros soldados ha sido (y seguiría siendo por lo dicho arriba) de los más restrictivos de toda Europa. Así opinan Martínez Martínez, S; «Limitación a los...», op. cit., p. 606; y Cotino Hueso, L; *El Modelo...*, op. cit., *pássim*.

<sup>58</sup> *DoD number 1344.10, February 19, 2008, Political Activities by Members of the Armed Forces*. Una interpretación crítica de la misma puede verse en Corbett, S; and

propias de la condición de ciudadano», hace una primera distinción importante, dado que los soldados en activo tienen prohibido participar en actividades relacionadas con los partidos políticos («partisan political activity»), prohibición que no rige para los que ya no se encuentran en dicha situación. Con todo y con eso, a estos últimos se les hace saber que sus actividades políticas no pueden ni deben suponer la concesión de marchamo, patrocinio, o aprobación oficial alguna.

Respecto a *qué pueden hacer* (apartado 4.1.1), destaca la posibilidad de inscribirse en el censo electoral, votar, y emitir opiniones sobre candidatos y cuestiones políticas (pero no en representación de las Fuerzas Armadas); también se permite que promuevan el ejercicio de tal derecho —el de sufragio activo— siempre que ello no implique usar su autoridad o influencia para interferir en el resultado del proceso electoral correspondiente. Además, pueden militar en asociaciones políticas —estén o no ligadas a partidos políticos— y acudir a sus reuniones, en tanto en cuanto no vistan el uniforme y respetando las demás restricciones que la norma impone en epígrafes posteriores (ni ejercer cargos en tales asociaciones ni figurar en su lista de patrocinadores, caso de quedar adscritas a las formaciones partidarias). Por lo demás, se les permite firmar peticiones legislativas y electorales a favor de un candidato determinado, siempre que no interfiera en sus obligaciones militares, se haga sin uniforme, y haya sido autorizado previamente por el secretario de Defensa. Incluso pueden escribir cartas al director de cualquier periódico expresando sus opiniones sobre asuntos de interés público y/o político, teniendo en cuenta que no pueden inscribirse en campañas colectivas previamente organizadas ni tampoco pedir el voto a favor o en contra de un partido político, causa, o candidato concreto. Además, si la carta en cuestión la redacta un militar en activo, debe hacer constar expresa y claramente que su visión es estrictamente personal y no la del Departamento de Defensa. A mayores, pueden realizar contribuciones económicas a cualquier organización política, partido o comité, para apoyar a un candidato o a una terna de ellos (respetando las disposiciones vigentes en la materia).

Respecto a *lo que no deben hacer* los militares en activo (apartado 4.1.2), el nivel de precisión y de detalle —y en ocasiones, de ambigüedad— es digno de mención. Así, el uniforme y la apariencia de apoyatura oficial a la medida en cuestión aparecen recurrentemente como límites. Por ejemplo, a la hora de participar en actividades de recaudación de fondos.

---

Davidson, M.J; «The Role of the Military in Presidential Politics», *Parameters*, nº 10, 2009, p. 58-72.

Tampoco pueden interferir en ningún proceso electoral, ni publicar ningún tipo de documento ligado a un partido político donde se pida el voto a favor o en contra de un partido o candidato. Las restricciones se van endureciendo: no podrán tomar la palabra en ninguna reunión celebrada por cualquier partido político; ni participar en medio de comunicación alguno en representación de un partido, candidato o defendiendo una causa política determinada. Huelga decir que no se les permite ni acudir ni organizar manifestaciones de partidos políticos, como tampoco pueden ayudar en tareas de transporte a electores a las urnas si dicha asistencia está organizada por un partido político. En ese sentido, les queda totalmente vedado acudir de uniforme a cualquier evento que estos organicen.

Resulta llamativo, y creemos que ilustrativo de lo que se dijo arriba, cómo se regula el hecho de mostrar públicamente signos políticos de adhesión. En el apartado del «podrán hacer» se les permite poner en la parte trasera de sus vehículos privados pegatinas con motivos políticos. Pero en el apartado del «no deben» se prohíbe la misma conducta, siempre que sean distintivos de mayor longitud, como carteles o pósters. A mayores, se prohíbe su exhibición en instalaciones castrenses, también si esta tiene lugar en residencias privadas sitas en su interior.

Y no menos llamativo resulta el hecho de que todas las restricciones extractadas no operan —o no con tanta intensidad— en el caso de que el militar decida enrolarse en actividades políticas a nivel local (siempre que no estén auspiciadas por un partido político concreto). En tal caso, se permite su implicación en tales acciones siempre que lo realice en el marco establecido por aquellas (por ejemplo, no llevar uniforme, ni usar instalaciones gubernamentales para tal fin, ni intentar hacer pasar por apoyo institucional lo que es mera iniciativa privada).

Otra muestra de la importancia de la cuestión es la guía que todo oficial tiene, donde se establece el código ético para sus tropas. En esta, cabe leer párrafos como el que sigue: «Mantente fuera de la política. No te enredes con la política. La actividad política es contraria a la tradición militar americana. Como ciudadano, gozas del derecho a tener tus opiniones y el deber de votar, pero guárdatelas para ti, para casa o para el grupo de amigos. Puedes hacerlo sin que ello suponga una castración intelectual. También recuerda que criticar al presidente es especialmente inapropiado dado que, al fin y al cabo, es el comandante en jefe de las Fuerzas Armadas».<sup>59</sup>

---

<sup>59</sup> El texto se traduce del original recogido por Dzenevs, I; «Limits of Civil Rights as a Guaranty of Political Neutrality», *Foreign Military Studies Office*, Fort Leavenworth (Kansas), 2013, p. 5 (texto consultado el 21 de mayo de 2014 aquí: <http://fmso.leavenworth.army.mil/>).

Una aproximación indiciaria respecto al balance que se hace de la regulación parte de diferentes enfoques. Quienes observan en esta un esquema a tener muy en cuenta a la hora de exportarlo a otras latitudes les parece que se puede hablar de un modelo de éxito.<sup>60</sup> Quienes pertenecieron en otra época a las Fuerzas Armadas norteamericanas lo critican por insuficiente. En concreto, porque no solo no asegura el principio de neutralidad política, sino que tolera y ampara su quiebra.<sup>61</sup>

#### B) EL DEBER DE NEUTRALIDAD POLÍTICA COMO LÍMITE PERMITIDO POR LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

Efectivamente, someter al deber de neutralidad a los militares de los diferentes Estados no parece ir en contra de los Tratados Internacionales que obligan a España.<sup>62</sup> La principal norma en la materia es el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Y esta reconoce el derecho a la libre expresión (artículo 19); el derecho a la libre reunión (artículo 21); el derecho a la libre asociación (artículo 22); y el derecho a la libre participación política (artículo 25). Todos ellos tienen límites muy similares en su ejercicio: la protección de otros bienes tales como la seguridad nacional, la seguridad pública o el orden público. Además, la libre asociación puede soportar restricciones específicas en su ejercicio cuando se trate de miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía (quizá porque se regula junto al derecho de sindicación).<sup>63</sup> Si las Fuerzas Armadas del país en cuestión tienen asegurado proteger tales bienes, la legitimidad de eventuales limitaciones se hace más clara.<sup>64</sup> Pero si estas no tienen atribuido tales cometidos, habría que hacer algún

<sup>60</sup> Así, Dzenevs, I; «Limits of...», op. cit., p. 4 y ss.

<sup>61</sup> Vid. Corbett, S; and Davidson, M.J; «The Role...», op. cit., p. 64 y ss. Nótese que los autores centran su estudio en la participación de algunos oficiales retirados, no tanto en el militar en activo.

<sup>62</sup> Véase Fernández Segado, F; «Las restricciones de los derechos de los militares desde la perspectiva del ordenamiento internacional», *Revista de Estudios Políticos*, nº 64, 1989, pp. 93-130; Peñarrubia Iza, J.M<sup>a</sup>: *Presupuestos...*, op. cit., p. 101 y ss; y Pascua Mateo, F; *Fuerzas Armadas...*, op. cit., p. 45 y ss.

<sup>63</sup> Vid. Leigh, I; y Born, H; *Handbook...*, op. cit., p. 65 y ss.

<sup>64</sup> Un caso paradigmático es el de Turquía, donde parecen pesar restricciones absolutas al ejercicio de este tipo de derechos. Vid. Corrales Elizondo, A; «Consideración sobre un posible estatuto general de derechos y obligaciones del militar profesional en el marco de la Ley 17/1999, de 18 de mayo». En VVAA; *III Jornadas sobre asesoramiento jurídico en el ámbito de la Defensa. Normativa reguladora del militar profesional en el inicio del siglo XXI y otros estudios jurídicos militares*; Ministerio de Defensa, Madrid, 2001, p. 27.

matiz.<sup>65</sup> En este supuesto, los límites que se establezcan a sus derechos deberán soportar un escrutinio más severo, siendo excepcionales y quedando sometidos, en todo caso y como mínimo, al principio de legalidad.<sup>66</sup>

A nivel regional, no se puede dejar de lado el impacto que ha tenido tanto el CEDH como el TEDH. En aquel se reconocen los derechos políticos referidos y, a su vez, los presupuestos necesarios para su eventual limitación; presupuestos que, por lo demás, guardan similitud con los que enuncia el pacto. De esa forma el derecho a la libre expresión se reconoce en el artículo 10 (derecho que, según reza su apartado 2, «podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial»); y el derecho a la libre reunión y asociación –y sindicación– se reconoce específicamente en el artículo 11 (donde en su apartado 2 recoge y amplía, específicamente, las posibilidades de restringir tales derechos para los soldados, cuando dice que: «El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía o de la Administración del Estado»).<sup>67</sup>

Como ya se ha dicho, el TEDH ha dictado algunas sentencias donde aborda frontalmente la problemática del ejercicio de derechos políticos por parte de miembros de las Fuerzas Armadas de los Estados parte. Partiendo de la base de que algunos sectores doctrinales ya han estudiado con de-

---

<sup>65</sup> Es sabido que nuestras Fuerzas Armadas (ya desde hace muchos años) no llevan a cabo tal cometido, el cual queda reservado para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Vid. Cotino Hueso; *El Modelo...*, op. cit., p. 398 y ss; y Fernández Segado, F; «El estatuto jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas y su desarrollo legislativo. Balance de un cuarto de siglo». *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 70, 2004, p. 190 y ss.

<sup>66</sup> Así lo defiende Peñarrubia Iza, J.M<sup>a</sup>; *Presupuestos...*, op. cit, p. 103.

<sup>67</sup> Lo más parecido a una regulación de las libertades de participación política aparece en el artículo 3 del Protocolo 1 al CEDH que reza así: «Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo». Una exégesis del precepto puede verse en García Roca, J; «Del compromiso de los Estados de organizar elecciones libres al derecho de sufragio de los ciudadanos». En García Roca, J; y Santolaya Machetti, P; *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 2009 (2ª edición), pp. 897-927.

tenimiento la cuestión, aquí solo se pretende dar cierta continuidad en el tiempo a esa línea.<sup>68</sup>

En ese sentido, destacan algunas resoluciones que vienen a confirmar las argumentaciones que el TEDH siguió allá por la década de los setenta del pasado siglo en el *caso Engel* (STEDH de 8 de junio de 1976). Como es sabido, algunos militares de reemplazo alegaron la vulneración de tres derechos políticos: la libre expresión, la libre reunión, y la libre asociación. El TEDH consideró que en realidad solo el primero de ellos era el que realmente estaba en juego (párrafo 107), por lo que a él dedicó su atención primordial. El Tribunal no dudaba de que la sanción impuesta constituyera una injerencia en tal derecho, por lo que la cuestión residía en conocer si esta cumplía con los cánones exigidos por el CEDH. Y respondió afirmativamente. Lo hizo comenzando por recordar que la medida estaba prevista por la ley (párrafo 96), y que era necesaria en una sociedad democrática para la defensa del orden (párrafos 98-102). En ellos dejó argumentos a tener en cuenta. Así, para el TEDH el orden público también incluía el orden «que debe reinar en el interior de un grupo social concreto (...), especialmente cuando, como en el caso de las Fuerzas Armadas, el desorden de este grupo puede incidir sobre el orden de la sociedad entera» (párrafo 98). Siendo claro «que la libertad de expresión garantizada por el artículo 10 es aplicable a los militares (...)), no lo es menos «que el funcionamiento eficaz de un ejército difícilmente se concibe sin reglas jurídicas destinadas a impedir que sea minada la disciplina militar», particularmente mediante escritos (...) no pudiendo olvidar ni «las características peculiares de la vida militar», ni «los específicos deberes y responsabilidades de los miembros de las Fuerzas Armadas» (párrafo 100). Todo ello condujo a que el TEDH no observara la quiebra de la libertad aducida.<sup>69</sup>

Esto ha quedado directamente rubricado en el *caso Joksas*, decidido por STEDH de 12 de noviembre de 2013, también sobre la posible vulneración de la libertad de expresión de un militar. La principal polémica se presentaba al coincidir en el tiempo la finalización de la prestación de servicios con un artículo de prensa en el que el oficial criticaba la nueva ley disciplinaria militar. El Tribunal vuelve a recordar algunos criterios que ya parecen jurisprudencia más que consolidada —«El artículo 10 no se para a la puerta de los cuarteles. Se aplica a los militares del mismo modo que se

---

<sup>68</sup> Vid. Pascua Mateo, F; *Fuerzas Armadas...*, op. cit., p. 50 y ss; y Peñarubia Iza, J.M<sup>a</sup>; *Presupuestos...*, op. cit., p.106 y ss.

<sup>69</sup> Lo que no significa que el TEDH no apreciara la vulneración de otros preceptos (como finalmente hizo respecto a los artículos 5.1 y 6.1 CEDH). El litigio en general fue sumamente polémico, contándose la firma de hasta ocho opiniones disidentes.

aplica al resto de personas bajo la jurisdicción de los Estados parte. Ello no impide, tal y como el Tribunal ha indicado previamente, que el Estado establezca restricciones a la libertad de expresión si existe una amenaza real a la disciplina militar, dado que un correcto funcionamiento del Ejército es difícilmente imaginable sin prescripciones legales diseñadas para prevenir su menoscabo por parte de los soldados. Sea como fuere, ello no permite a las autoridades nacionales que, basándose en las mismas, se frustré toda expresión de opiniones, incluso si estas se dirigen contra las Fuerzas Armadas como institución»— (párrafo 70); no obstante, el Tribunal considera que aquella no se lesionó dado que al demandante no se le impuso ningún tipo de sanción al hilo de dicho artículo (párrafo 70), sino que la finalización en la prestación de servicios aconteció por haber alcanzado la edad legal establecida al efecto (párrafo 71).

El TEDH muestra ciertos titubeos cuando pone dicha decisión en un marco secuencial que, ante los claroscuros que presentaba, a buen seguro influyó en acabar reconociendo la vulneración del derecho reconocido en el artículo 6.1 CEDH (donde se reconoce el derecho a un juicio equitativo). Así, dirá que: «El Tribunal constata que, a pesar de que la secuencia de eventos —las críticas vertidas por el demandante en el *Kano Diena*, la investigación interna de sus acciones, la sanción disciplinaria por no recabar el consejo legal pertinente e, incluso, la decisión de licenciarle por su edad— podría dar la razón a la versión del demandante, ello no permite al Tribunal concluir con certeza que este fuera sancionado por sus opiniones y no por la mera aplicación del artículo 38.1.7 de la LMS. En anteriores casos, el Tribunal ha observado que la sanción disciplinaria por manifestar opiniones en público, así como el juicio y condena de un soldado han operado como indicadores claros, interfiriendo en el derecho de comunicar ideas reconocido en el artículo 10 del Convenio. En este caso, tales indicadores están ausentes. Ninguno de sus superiores jerárquicos hizo declaraciones públicas en el sentido de que hubiera que apartarle por sus opiniones (...); (párrafo 72).

Estos criterios han sido reiterados en sendos y recientes casos que, aunque no fueron protagonizados por miembros de las Fuerzas Armadas de los países en cuestión, ello no supuso óbice para que el Tribunal aludiera su régimen jurídico.

Así fue como tuvo lugar el caso *Strzelecki*, decidido por STEDH de 10 de abril de 2012 (sobre una presunta vulneración del derecho de asociación en su vertiente de afiliación a un partido político), que continuaba el periplo judicial que la sentencia de su Tribunal Constitucional parecía haber resuelto en el año 2002. El demandante, un policía local, consideró que la



legislación polaca que prohibía la afiliación a partidos políticos lesionaba su derecho de asociación, reconocido en el Convenio en los términos arriba indicados. El Tribunal, recordando que «el artículo 11 en su párrafo 2 autoriza *expressis verbis* a los Estados a imponer restricciones legítimas a la libertad de asociación de miembros de sus fuerzas armadas, de su policía o de su administración» (párrafo 40), somete la restricción al conocido *test*: saber si tal restricción está prevista por la ley y persigue un fin legítimo y necesario en el marco de una sociedad democrática (párrafo 42). Lo realmente interesante es cómo razona sobre las dos últimas exigencias, porque se entienden de aplicación a los Ejércitos. Y es que, para el TEDH, «esta medida trata de garantizar la neutralidad política y la imparcialidad de los agentes de la policía municipal, y de preservar la confianza legítima de los ciudadanos en este cuerpo de funcionarios. Se trata de valores indispensables para el cumplimiento eficaz de la misión (...) en materia de protección del orden público, de la seguridad y de los derechos y libertades de los ciudadanos (...). La prohibición en causa trata de impedir en este cuerpo de funcionarios la influencia directa de los partidos políticos y garantizar que su eficacia no padezca la eventual corrosión de la neutralidad política de algunos agentes. El Tribunal estima que la voluntad de preservar una función pública imparcial, políticamente neutral y ajena al combate político constituye una finalidad legítima en una sociedad democrática. Confirma la opinión del Tribunal Constitucional polaco según la cual el hecho de autorizar la implicación de los agentes concernidos en las actividades de los partidos políticos podría desembocar en la importación al seno de este cuerpo de funcionarios de los conflictos políticos y sobre su instrumentalización en beneficio de intereses partidistas y selectivos. Dicha situación constituiría un obstáculo a la eficacia y a la disponibilidad de dicho cuerpo de funcionarios, perjudicial al interés del Estado y de los ciudadanos» (párrafo 44).

Aun aceptando algo de raigambre histórica para con este tipo de limitaciones, y aun reconociendo que el legislador podría en un futuro suprimirlas si ese fuera su deseo (párrafo 45), lo cierto es que la misma es plenamente vigente, dado que no puede discutirse el margen de apreciación nacional existente en la materia (párrafo 49).<sup>70</sup>

Recordando el contenido del apartado 2 del artículo 11 antes citado (párrafo 50), de nuevo aparece el margen de apreciación nacional «en materia de reglamentación del estatuto y las condiciones de carrera de los

---

<sup>70</sup> Sobre tal categoría verse García Roca, J; *El Margen de Apreciación Nacional en la Interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e Integración*, Civitas-Instituto de Derecho Parlamentario, Madrid, 2010.

agentes del Estado que participan directamente en el ejercicio del poder público y en las funciones que tratan de proteger los intereses generales del Estado» (párrafo 51). De nuevo apoyándose en la jurisdicción constitucional patria, señala que «(...) el Tribunal Constitucional polaco, en su sentencia, insistió en el hecho de que la neutralidad política de las personas que pertenecen a la función pública era un valor que prima sobre su libertad de asociación (...). La importancia de ciertos cuerpos de funcionarios para el buen funcionamiento de una sociedad democrática hacía necesario asegurar su neutralidad política mediante medidas como la prohibición de afiliación a partidos políticos. Dicha medida, destinada a garantizar la separación requerida entre el cuerpo de funcionarios encargados de la aplicación de la ley y los partidos o agrupaciones políticas, trataba de prevenir el eventual conflicto de intereses susceptible de producirse en caso de pertenencia de dichos agentes a un partido político paralelamente al ejercicio de sus funciones. La eventual implicación de los agentes en los conflictos sectarios, en consecuencia de su afiliación a partidos políticos, podía perjudicar la estabilidad, la objetividad y la continuidad del servicio público, en detrimento del interés del Estado y de los ciudadanos» (párrafo 53). Teniendo en cuenta, además, que el alcance de la restricción es limitado, por cuanto la legislación polaca prevé «que estos conservan el derecho a expresar sus opiniones y preferencias políticas bajo otras formas diferentes a la afiliación a un partido político (...), no parece que esta medida tenga por vocación prohibir la eventual implicación de los agentes concernidos en la actividad política; solo se aplica a las actividades susceptibles de implicar una real posibilidad para ellos de influir sobre el poder y la política del Estado» (párrafo 57). Y así es como decide que el límite basado en la neutralidad política no atenta contra el artículo 11 CEDH.<sup>71</sup>

---

<sup>71</sup> El juez Thor Björgvinsson emitió opinión concordante, donde dijo haber votado «(...) con grandes dudas la no violación del Convenio en el presente asunto. Como señala el apartado 45 de la sentencia, el Tribunal Constitucional polaco juzgó que las restricciones en litigio podían justificarse por consideraciones debidas del pasado comunista del país. Estimando que estas continúan siendo pertinentes en Polonia, nuestro Tribunal admite que las restricciones en litigio son importantes para preservar la confianza legítima de los ciudadanos en el Estado y sus instituciones. Me parece un poco raro que el Tribunal Constitucional polaco haya estimado que Polonia se encontraba todavía, en cierta manera, en un período transitorio más de doce años después del hundimiento del sistema comunista. Por tanto, no soy capaz de rechazar esta opinión. Después de todo, el Tribunal Constitucional está mejor situado que un juez internacional para valorar la necesidad de las restricciones en causa a la luz de la situación actual. Sin embargo, pienso que las limitaciones impuestas al derecho del demandante a adherirse a un partido político solo pueden justificarse teniendo en cuenta este contexto histórico y transitorio. Fuera de este período excepcional de transición, ningún argumento puede, en mi opinión, legitimar la imposición de una prohibición definitiva a adherirse a un partido político a personas que se

El segundo es el *caso Szima*, decidido por STEDH de 9 de octubre de 2012 (sobre una presunta vulneración del derecho a la libertad de expresión). Al publicar una serie de opiniones polémicas en la web del sindicato, a la demandante –veterana policía y líder de una importante central sindical– se la sanciona por insubordinación. El pleito llega hasta Estrasburgo, donde alegará que se ha vulnerado su derecho a la libertad de expresión en relación con su derecho al libre ejercicio de la actividad sindical. Pero el Tribunal no está de acuerdo con dicha aseveración. Recuerda este su doctrina sobre la libertad de expresión en general y también sobre la que específicamente rige para las Fuerzas Armadas y cuerpos policiales. Así, el TEDH llega a la conclusión de que se cumplen todas las exigencias del test de constitucionalidad europeo. Primero, porque la medida está prevista por el Código Penal. Segundo, porque establecer límites específicos al ejercicio de los derechos para garantizar la disciplina inherente a esos cuerpos es un fin que se antoja necesario en una sociedad democrática (párrafo 25).

El Tribunal consideró que se cumplía, además, el requisito de la «necesidad social imperiosa». Y lo argumenta así: «El Tribunal observa que, en algunos documentos publicados en la página web (...) la demandante planteó cuestiones laborales, tales como remuneraciones pendientes de pago, que afectaban a los militares, incluyendo a los miembros del sindicato (...). Sin embargo, también criticó la forma en la que los líderes de la policía manejaban las fuerzas del orden, y los acusó de faltar al respeto a los ciudadanos y de servir a los intereses políticos en general (...). Para el Tribunal, estos últimos pronunciamientos, sobrepasan el mandato de un dirigente sindical, porque en absoluto está relacionado con la protección de los intereses laborales de los sindicalistas. Por tanto, dichas declaraciones, se han realizado fuera del ámbito legítimo de las actividades sindicales, y deben ser consideradas desde la perspectiva de la libertad de expresión en general más que desde el punto de vista particular de las expresiones sindicales. Recordando el artículo 11.2 CEDH, dirá que «las restricciones impuestas a los tres grupos mencionados deben interpretarse estrictamente y por tanto deben limitarse al “ejercicio” de los derechos en cuestión, es decir, estas restricciones no deben comprometer la esencia misma del derecho a sindicarse (...)». Por ello, «el Tribunal aplicará el mismo criterio en

---

encuentran en la misma situación que el demandante. Es por ello que suscribo la opinión formulada por el juez Fischbach en su opinión disidente adjunta a la Sentencia Rekvényi contra Hungría (TEDH 1999, 23), según la cual « (...) las malas experiencias del régimen comunista deberían incitar a los responsables políticos a cambiar de pedagogía con el fin de consolidar el proceso democrático y de preparar el futuro para un espíritu de apertura y tolerancia».

el contexto del artículo 10 y hace hincapié en que el derecho a la libertad de expresión pertenece a todos, incluidos los miembros de las Fuerzas Armadas» (párrafo 31).

De ese modo, «[e]l Tribunal comparte la opinión de los tribunales nacionales respecto a la naturaleza de las opiniones expresadas acerca de la práctica de la gestión policial. Se admite que esas acusaciones —en particular las que acusan la gestión de los altos cargos de policía, de orientación política e intenciones ocultas, rebeliones, falta de profesionalidad y nepotismo— eran de hecho, aunque representasen juicios de valor, capaces de causar insubordinación, ya que podrían desacreditar la legitimidad del funcionamiento de la policía, más todavía desde que la demandante no aportó ninguna base fáctica para aclarar esas declaraciones (...). La demandante, como un jefe de policía, tiene una influencia considerable sobre los sindicalistas y otros militares, entre otras cosas, mediante el control de la página web del sindicato. Como un oficial de alto rango y líder sindical, la demandante debería haber ejercido su derecho a la libertad de expresión de conformidad con las obligaciones y responsabilidades que este derecho lleva consigo en las circunstancias específicas de su situación y en vista de la especial necesidad de disciplina en las fuerzas del orden (...) —y esto incluso enfrentando el interés general adjunto de permitir la crítica como la transparencia, profesionalismo y respeto a la ley dentro de las fuerzas del orden—. El Tribunal observa que, al entrar en la policía, la demandante debería haber sido consciente de las limitaciones que se aplican a los funcionarios en el ejercicio de sus derechos. Teniendo en cuenta el margen de apreciación aplicable a estos casos (...) el mantenimiento de la disciplina sancionando opiniones acusatorias que debiliten su confianza y la credibilidad de la dirección de policía, representa una “necesidad social imperiosa”, y los motivos citados por las autoridades nacionales para justificarlo, son pertinentes y suficientes (...) especialmente en vista de la sanción relativamente leve impuesta a la demandante (...)» (párrafo 32).<sup>72</sup>

---

<sup>72</sup> El juez Tulkens, a la sazón presidente del Tribunal, evacuó una opinión disidente que induce a la reflexión. Los motivos gravitaban en torno a lo que consideraba una vulneración del artículo 10 CEDH. Y dirá: «Tanto el derecho a la libertad de expresión garantizado en el artículo 10.1 del Convenio, como las limitaciones y restricciones previstas en el artículo 10.2, deben aplicarse de la misma manera y con el mismo rigor. A este respecto, teniendo en cuenta las cuestiones planteadas en este caso, soy incapaz de encontrar qué medidas adoptadas contra la demandante eran proporcionales al fin perseguido» (apartado 3). Además, critica el criterio mayoritario por eludir la vertiente sindical del caso para centrarse exclusivamente en la libertad de expresión (apartado 4), así como por reconocer que a la demandante se la prohibió en sede nacional aportar pruebas, para luego decir que «en sus ataques sobre las actividades de la dirección de la Policía, la demandante no pudo relacionar sus ofensivos juicios de valor a los hechos» (apartado 5). Finalmente, reflexiona

C) EL DEBER DE NEUTRALIDAD POLÍTICA COMO UNA EXIGENCIA DERIVADA DE LAS FUNCIONES ATRIBUIDAS A LAS FUERZAS ARMADAS

Hasta ahora se ha visto cómo los derechos políticos de los militares han sido tradicionalmente limitados, sobre todo, para garantizar la jerarquía y disciplina inherente a las Fuerzas Armadas. Y también se ha visto que ello ha tenido su rúbrica legislativa y su convalidación jurisprudencial, tanto en instancias nacionales como internacionales. Creemos que existen algunas razones desde la óptica interna para que el principio de neutralidad política se incluya dentro de dicho acervo.<sup>73</sup>

Lo primero que debe hacerse notar es que dicha *asepsia* no solo opera como consecuencia directa de la «estricta subordinación [de las Fuerzas Armadas] a la sociedad a la que sirven» –que lo hace, sin duda– sino como algo, si cabe, más importante; bien mirada nuestra reciente Historia puede que el mantenimiento de dicha neutralidad fuera el principal factor que garantizó la transición militar en España, motivo que supuso un «éxito de proporciones históricas en un país con una larga y abundosa tradición de golpes, pronunciamientos y militaradas varias».<sup>74</sup>

No puede olvidarse que la neutralidad política es una variable ampliamente empleada para indagar sobre la *democraticidad* del sistema;<sup>75</sup> la variable se despeja conociendo si las Fuerzas Armadas del país de turno tienen poco o mucho peso en el ámbito político.<sup>76</sup> Y algunas investiga-

---

sobre la propia medida punitiva, defendiendo que mientras «que la sanción puede ser considerada como leve, no se puede decir lo mismo con la degradación, que en mi opinión es una sanción severa, y en el contexto del presente caso, desproporcionada» (apartado 6).

<sup>73</sup> En ese sentido, vid. Fernández García, I; «La sujeción especial...», op. cit., *pássim*; Casado Burbano, P; «La Despolitización...», op. cit., p. 5 Mozo Seoane, A; «Reflexiones sobre los derechos y deberes del militar profesional». En VVAA; *III Jornadas...*, *pássim*; y Corrales Elizondo, A; «Consideración sobre...», op. cit., p. 20 y ss.

<sup>74</sup> Así lo dice Requena y Díaz de Revenga, M; «Transición militar y valoración pública». *Claves de Razón Práctica*, nº 229, 2013, p. 22.

<sup>75</sup> Operación que de alguna manera ya había llevado a cabo Finer, estudiando comparadamente el *nivel de cultura política*. Lo que vino a demostrar el politólogo británico era que allí donde este era escaso, la intervención política de los Ejércitos era mucho más probable que en aquellos lugares donde este era elevado. Vid. Finer, S.E; *The Man On Horseback. The Role of the Military in Politics*, Penguin Books, Harmondsworth, Middlesex, 1976, p. 77 y ss.

<sup>76</sup> Variable que, siguiendo a Martínez, estaría integrada, entre otros factores, por el apartidismo, y por la limitación de determinados derechos y libertades públicas. Vid. Martínez, R; «Nuevos tiempos para las Fuerzas Armadas en democracia y nuevos perfiles de sus componentes»; *Working Paper* nº 321, Institut de Ciències Politiques y Socials-Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 2013, p. 7 (<http://www.icps.cat/archivos/Workingpapers/wp321.pdf>. Acceso: 7 de mayo de 2014). Egipto es un preocupante ejemplo de lo que se quiere decir. El Ejército golpista que depuso al presidente Morsi dirigió el

ciones muestran que, para alcanzar el objetivo –para conocer si estamos ante una democracia homologable como tal– aquellas deben abandonar cualquier vestigio o reducto de poder político (siendo el *militarismo* algo sospechoso).<sup>77</sup> De lo que se deduce que el éxito en el aseguramiento de la neutralidad política ha tenido como feliz consecuencia para España una buena salud democrática de sus FAS.<sup>78</sup>

Pero es que, además, existen algunas disposiciones desde la propia Constitución que sirven de apoyo a la tesis referida. Si las Fuerzas Armadas que se recogen en el artículo 8 CE se integran en la Administración General del Estado (aun con las peculiaridades que le son propias),<sup>79</sup> se

---

proceso que desembocó en una nueva Constitución para el país (votada en referéndum con una participación del 38.6% y un 98.1% de «síes»). Algunos artículos de la misma abren la puerta a ese *Ejército tutelar* que ha sido ampliamente superado en latitudes democráticas; y, por ello, a la posibilidad de convertirse de facto en el auténtico y supremo árbitro político del sistema. Primero, dado que el artículo 201 obliga a que el ministro de Defensa –comandante en jefe de estas, solo por debajo del presidente de la República– sea un oficial; y el artículo 234 establece que durante ocho años –dos mandatos presidenciales– la persona que lo ocupe deberá obtener el plázet del Consejo Superior de las Fuerzas Armadas. Segundo, debido a que el artículo 203 crea y regula un Consejo Nacional de la Defensa que tiene atribuida responsabilidad exclusiva sobre el presupuesto de Defensa (controlando así el 35% del PIB patrio). Y tercero, porque el artículo 204 extiende la jurisdicción penal militar a los civiles en diversos y difusos supuestos. Un ejemplar de la Constitución aludida, en traducción no oficial, puede verse aquí: <http://www.sis.gov.eg/Newvtr/Dustor-en001.pdf> (consultado el 18 de junio de 2014). El diagnóstico parece claro: estamos ante un «Estado administrado por los militares», según el criterio de Gómez García, L; «Egipto, represión y Constitución», *El País*, 28 de diciembre de 2013 (el texto se ha leído el 19 de junio aquí: [http://elpais.com/elpais/2013/12/19/opinion/1387448357\\_772808.html](http://elpais.com/elpais/2013/12/19/opinion/1387448357_772808.html)).

<sup>77</sup> Véase López Ramón, F; *La Caracterización...*, op. cit., p. 7 y ss. Entendiendo por militarismo aquella «tendencia ideológica que pretende implantar usos, estilos, leyes o costumbres militares en la vida política de una nación». Esa es la definición que da Puell de la Villa, F; *Historia...*, op. cit., p. 291.

<sup>78</sup> Vid. Martínez, R; «Nuevos tiempos...», op. cit., p. 6 y ss.

<sup>79</sup> Se está haciendo referencia al que quizá sea el debate más longevo y que atraviesa toda la materia: el de la naturaleza jurídica de las Fuerzas Armadas. Es bien sabido que las posturas son básicamente dos, con una tercera que podría decirse ecléctica. La primera defiende que aquellas son una *Institución*, de lo que se deduce que lo militar es y debe ser diferente a lo civil; por ello, los valores intrínsecos al oficio –jerarquía, disciplina– deben primar por encima de cualquier otra consideración, limitándose el Derecho «general» a recordarlo, y dejando para el Derecho «específico» (militar) la regulación de tales extremos. No obstante, también debe hacerse notar la riqueza de matices que varios autores realizan desde dicha visión. Vid. Trillo-Figueroa, F; «Las Fuerzas Armadas en la Constitución española. (Esbozo de una construcción institucional)»; *Revista de Estudios Políticos*, nº 12, 1979, pp. 105-140; López Garrido, D; «La posición constitucional de las Fuerzas Armadas», *Revista de Administración Pública*, 1983, nº 100-102, pp. 949-971; Fernández-Flores, J.L. «Los fundamentos...», op. cit., pp. 263-274; y Fernández Segado, F; «La posición constitucional de las Fuerzas Armadas», *Revista Española de Derecho Militar*, nº 67, 1996, pp. 13-71. Recientemente, puede verse López Medel, J; «El Ejército como institución. Análisis del artículo 8 CE», *Revista Española de Derecho Militar*, nº 99, 2012, pp. 373-391.

les debe exigir que cumplan con los cometidos constitucionales atribuidos respetando las exigencias derivadas de tal afirmación.<sup>80</sup> Ello supone conectar, al menos, los artículos 8, 97 y 103 CE, concluyendo que la eficacia y la neutralidad –el tercer precepto habla de «imparcialidad»<sup>81</sup>– serán criterios del todo punto exigibles a la hora de realizar las funciones asignadas. Funciones que quedarán incardinadas en la Defensa Nacional, categoría que a su vez «trasciende y desborda, tanto desde el punto de vista orgánico como material a las FAS».<sup>82</sup>

Tales principios influyen en el cumplimiento de las misiones constitucionales, independientemente de que el margen de decisión de las Fuerzas Armadas en torno a las mismas sea inexistente.<sup>83</sup> El Gobierno de la Nación,

---

Del otro lado, varios autores defienden que las Fuerzas Armadas son una *Administración Pública*, por lo que quedan integradas como cualquier otra en el marco del ordenamiento jurídico general (aunque muchos de estos autores son conscientes de la importancia de los valores aludidos para un correcto funcionamiento de aquellas). Representantes de esta línea serían Guaita, A; «La Administración Militar», *Revista de Administración Pública*, nº 7, 1952, pp. 105-126; López Ramón, F; *La Caracterización...*, op. cit., pp.316 y ss; Blanco Valdés, R; *La Ordenación...*, op. cit., p. 64 y ss; Mozo Seoane, A; «Las Fuerzas Armadas y su ordenamiento jurídico (Una relectura del debate sobre el artículo 8 de la Constitución)»; *Revista Española de Derecho Militar*, nº 65, 1995, pp. 609-629; también Blanquer Criado, D; *Ciudadano y Soldado...*, op. cit., p. 233 y ss; Cotino Hueso, L; *El Modelo...*, op. cit., *pássim*; y Pascua Mateo, F; *Fuerzas Armadas...*, op. cit., p. 35 y ss. Posturas más o menos eclécticas podrían ser la de Herrero de Miñón, M; «Tareas constitucionales de las Fuerzas Armadas: entre el interés nacional y la supranacionalidad», *Discurso pronunciado en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 12 de diciembre de 2000 (consultado aquí: <http://www.racmyp.es/publicaciones/discursos.cfm>, el 10 de mayo de 2014); y la de López de Gea, J; «El estatuto jurídico de las Fuerzas Armadas», *Revista de Derecho- UNED*, nº 12, 2013, pp. 397 y ss.

<sup>80</sup> Por todos, véase López Ramón, F; *La Caracterización...*, op. cit., *pássim*.

<sup>81</sup> Vid. Peñarrubia Iza, J.M<sup>a</sup>; *Presupuestos Constitucionales...*, op. cit., p. 152.

<sup>82</sup> Se toman las palabras de Mozo Seoane, A; «Las Fuerzas...», op. cit., p. 626. Esto significa, con otras palabras, que nuestros Ejércitos ni son ni pueden ser actores políticos autónomos que decidan el qué, el cómo y/o el cuándo de su puesta en marcha. Pero todavía existen voces que se oponen a ello. Se alude al general de División (r.), D. Juan Antonio Chicharro, quien se despachó públicamente con aseveraciones tales como que «la Patria es anterior y más importante que la democracia», o que «el patriotismo es un sentimiento y la Constitución no es más que una ley». Eso bastaba, a su juicio y conforme a una interpretación nada jurídica del artículo 8 CE, para actuar militarmente contra lo que llamó «la ofensiva separatista-secesionista». Los pormenores del incidente quedaron recogidos en los principales periódicos. Véase [http://politica.elpais.com/politica/2013/02/27/actualidad/1361994938\\_586044.html](http://politica.elpais.com/politica/2013/02/27/actualidad/1361994938_586044.html) (consultado el 19 de junio de 2014).

<sup>83</sup> La mejor doctrina militar y civil viene insistiendo sin ambages en tal extremo. Un representante de la primera ha dicho en ese sentido que «una intervención militar independiente (...) está muy lejos de ser admitida en nuestra doctrina constitucional, hoy, si queremos ser respetuosos con el principio de supremacía civil (...)». Vid. López de Gea, J; «El Estatuto...», op. cit., p. 394. Otro representante de la misma, y desde la defensa de una cierta apertura del régimen de participación política para el militar, sostiene que dicha apertura no menoscaba la supremacía del poder civil, especialmente del Gobierno

como órgano constitucional de la mayor relevancia, tiene atribuida la dirección de la política interior y exterior, así como la Administración civil y militar (*ex* artículo 97 CE).<sup>84</sup> Una mayor implicación militar en la vida política puede una mayor tentación de cuestionar las órdenes gubernamentales que –repárese en esto– provienen del exacto cumplimiento de lo que unas y otras exigen.<sup>85</sup> Es decir, que los Ejércitos podrían acabar siendo vistos como un actor político más –con todo lo que eso supone<sup>86</sup>– cuando quizá lo más adecuado sea verle como lo que creemos que son: el brazo armado de un Estado que, en caso de necesidad real y de cumplirse los requisitos jurídicos estipulados al efecto, se acciona a través de quien tiene competencia para ello (fundamentalmente el Ejecutivo).<sup>87</sup>

---

de la Nación, porque «a estos profesionales [a los militares] no les cabe ningún margen de discreción (...) en el cumplimiento de las órdenes procedentes del Gobierno *ex* artículo 97 CE». Vid. Fernández García, I; «La sujeción especial...», *op. cit.*, pp. 156 y ss.

<sup>84</sup> Por todos, vid. Blanco Valdés, R; *La Ordenación...*, *op. cit.*, *pássim*.

<sup>85</sup> Da cuenta de ello sin paliativos la LODN. Su artículo 5 recuerda que «corresponde al Gobierno determinar la política de defensa y asegurar su ejecución, así como dirigir la Administración militar (...)». El artículo 6 establece que al presidente del Gobierno le corresponde «(...) la dirección de la política de defensa y la determinación de sus objetivos, la gestión de las situaciones de crisis que afecten a la defensa y la dirección estratégica de las operaciones militares en caso de uso de la fuerza (...). Además, «(...) ejerce su autoridad para ordenar, coordinar y dirigir la actuación de las Fuerzas Armadas así como disponer su empleo». También «le corresponde de forma específica (...) formular la directiva de Defensa Nacional, en la que se establecerán las líneas generales de la política de defensa y las directrices para su desarrollo (...) definir y aprobar los grandes objetivos y planteamientos estratégicos (...), determinar la aplicación de los objetivos y las líneas básicas de actuación de las Fuerzas Armadas, tanto en el ámbito nacional como en el de la participación en las organizaciones internacionales de las que España forma parte, (...) y ordenar las misiones de las Fuerzas Armadas. Finalmente, el artículo 7 se ocupa de atribuir al ministro de Defensa, entre otras materias, “(...) el desarrollo y la ejecución de la política de defensa (...)”, (...) dirigir la actuación de las Fuerzas Armadas bajo autoridad del presidente del Gobierno (...), y determinar y ejecutar la política militar (...)».

<sup>86</sup> Acudiendo de nuevo al estudio de Finer, la intervención política del Ejército puede revestir cuatro modalidades distintas: la influencia; la presión-chantaje; el desplazamiento (de las autoridades civiles legítimas); y la suplantación (de las autoridades civiles legítimas). A su juicio la primera de ellas sería la única aceptable en un sistema constitucional-democrático; o en expresión del autor, la que se realiza siguiendo los «canales constitucionales normales» (advirtiendo que, en ocasiones, las diferencias entre la primera y la segunda son muy difusas). Vid. Finer, S.E; *The Man...*, *op. cit.*, p. 127 y ss.

<sup>87</sup> El Parlamento tiene una importancia creciente en estas cuestiones, tal y como muestra el artículo 4 LODN, donde se le atribuyen diversas funciones tales como «a) Otorgar las autorizaciones previas para prestar el consentimiento del Estado a obligarse por medio de los tratados y convenios internacionales, así como las restantes autorizaciones previstas en el artículo 94.1.b) de la Constitución; b) Aprobar las leyes relativas a la defensa y los créditos presupuestarios correspondientes; c) Debatir las líneas generales de la política de defensa. A estos efectos, el Gobierno presentará las iniciativas correspondientes, singularmente los planes de reclutamiento y modernización; d) Controlar la acción del Gobierno en materia de defensa; e) Acordar la autorización a que se refiere el artículo 63.3 de la Constitución».



Valga de ejemplo un caso extremo y esperemos que nunca materializado en el futuro: la declaración del estado de sitio.<sup>88</sup> El juego del artículo 116.4 CE hace descansar en el Gobierno la «propuesta exclusiva» de dicha declaración, debiendo confirmarla el ongreso de los Diputados mediante mayoría absoluta. Incluso en este supuesto -el que quizá sea el más gravoso, porque estaría en juego la propia supervivencia del país- no existiría margen alguno de decisión para el estamento militar.<sup>89</sup> Para que eso siga siendo así, para preservar que sean los órganos jurídico-políticos los que lleven a cabo sus tareas -que, insistimos, son obligaciones constitucionales sometidas a un riguroso deber de cumplimiento-, se antoja necesario que los militares se preparen para defender el mismo cuando así se les ordene, evitando crear un caldo de cultivo que acabaría por provocar efectos contrarios a los deseados.<sup>90</sup>

Si a ello se le añade que el propio Tribunal Constitucional estableció, expresamente, que esos dos órganos constitucionales -Gobierno y Parlamento- son los *superiores jerárquicos* de todo soldado (STC 371/1993, de 13 de diciembre, FFJJ 5 y 8); que la neutralidad política es un valor necesario a la hora de afrontar las misiones del artículo 8.1 CE (STC 101/1991,

---

Además, «al Congreso de los Diputados le corresponde autorizar, con carácter previo, la participación de las Fuerzas Armadas en misiones fuera del territorio nacional, de acuerdo con lo establecido en esta ley».

<sup>88</sup> En este terreno se ha desarrollado una corriente doctrinal, quizá mayoritaria, que defiende que para activar a las Fuerzas Armadas a la hora de llevar a cabo cualquiera de las misiones del artículo 8 CE se debería declarar previa e inexcusablemente dicho estado. El sector que parece minoritario es el que sostiene lo contrario; bajo este prisma, el Gobierno quedaría limitado solo materialmente por la enumeración que realiza el precepto, siendo el control único y netamente político. Vid. López Ramón, F; *La Caracterización...*, op. cit., pp. 324 y 325. Otros autores consideran preferible, para clarificar el asunto, que no se enumeren dichas misiones en la Constitución. Vid. Lafuente Balle, J. M<sup>a</sup>; «Sobre el carácter taxativo o declarativo de la relación de las misiones atribuidas a las Fuerzas Armadas en el artículo 8 de la Constitución», *Revista de Derecho Político*, n<sup>o</sup> 36, 1992, p. 71. Sobre las situaciones de excepcionalidad en general, puede verse Fernández Segado, F; *El Estado de excepción en el Derecho Constitucional español*, EDERSA, Madrid, 1978; Cruz Villalón, P; *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1994. También Álvarez García, V; *El concepto de necesidad en Derecho Público*, Civitas, Madrid, 1996.

<sup>89</sup> Vid. López Ramón, F; *La Caracterización...*, op. cit., p. 326 y ss., y Blanco Valdés, R; *La Ordenación...*, op. cit., p. 70 y ss.

<sup>90</sup> Y es que, en definitiva, el sistema constitucional espera de todo militar que defienda la principal norma de convivencia que nos hemos dado, como es la Constitución (así se establece, verbigracia, en el artículo 5 LODDMFAS: «El militar guardará y hará guardar la Constitución como norma fundamental del Estado y cumplirá las obligaciones militares derivadas de las misiones establecidas en la Constitución y en la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, con sujeción a las reglas de comportamiento que se definen en esta ley»).

de 13 de mayo, FJ 4); y que, en general, la salvaguarda de otros bienes y valores constitucionales es fundamento bastante para limitar de forma proporcionada los derechos fundamentales de los militares (línea que nace con el ATC 375/1983, de 30 de julio), no parece que la conclusión pueda ser otra que la señalada.

No cabe desconocer las dudas doctrinales generadas, que arrancan de ese *favor libertatis* arriba mencionado. Las limitaciones de los derechos políticos solo deberían ser las necesarias e indispensables en aras de garantizar tales extremos.<sup>91</sup> En ese sentido, algunos autores interpretan que quien debe observar neutralidad es la institución militar como tal, no sus miembros individualmente considerados.<sup>92</sup> La evolución del principio no ha sido escasa y, por ello, quizá el futuro vea con menos miedo una apertura del estatuto jurídico-político del militar que en épocas pasadas era impensable.<sup>93</sup> Y se vuelve a recordar lo pernicioso de unas restricciones tan severas porque reproducirían con ello, a la postre, una suerte de acantonamiento que expulsaría al militar de la vida política, creándole la sensación de quedar completamente al margen del sistema.<sup>94</sup>

Por tanto, la cuestión residiría en intentar acotar qué exigencias concretas se derivan de dicha neutralidad; las que caigan dentro de esta permitirían desde la óptica constitucional limitar los derechos políticos de los miembros de las FAS; *sensu contrario*, aquellas que no fueran una exigencia derivada de garantizar la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones no podrían servir como justificación para restringir tales derechos. Así, se ha avanzado una serie de circunstancias objetivas que permitirían conocer si la eventual actividad política del militar compromete o no la aludida neutralidad. Estas serían: el lugar de ejercicio del derecho en cuestión, el momento de su ejercicio, si se despliega de forma individual y/o colectiva, la finalidad y el contenido de dicho ejercicio, si se manifiesta o no la condición militar, y el rango/cargo/empleo ocupado. Aplicadas al caso concreto

---

<sup>91</sup> Vid. Blanquer Criado, D; *Ciudadano y Soldado...*, op. cit., p. 514 y ss; seguido por Pascua Mateo, F; *Fuerzas Armadas...*, op. cit., p. 144 y ss.

<sup>92</sup> Por todos, véase Peñarrubia Iza, J.M<sup>a</sup>; *Presupuestos Constitucionales...*, op. cit., p. 152; y Cotino Hueso, L; *El Modelo...*, op. cit., p. 385 y ss. Esta línea de pensamiento se observa ya en la obra del profesor Blanquer, quien propuso un símil que ha hecho cierta fortuna en la doctrina. Dirá que «(...) la neutralidad es a la política lo que la a confesionalidad es a la religión. Para que la Administración sea laica no es imprescindible que los funcionarios lo sean (...)». Vid. Blanquer Criado, D; *Ciudadano y Soldado...*, op. cit., p. 515.

<sup>93</sup> Vid. Peñarrubia Iza, J. M<sup>a</sup>; *Presupuestos Constitucionales...*, op. cit., p. 152. Desde el mundo militar, también existen voces que así lo han defendido recientemente. Vid. Fernández García, I; «La sujeción especial...», *pássim*.

<sup>94</sup> Vid. Blanquer Criado, D; *Ciudadano y Soldado...*, op. cit., p. 515 y ss.

servirían para saber si la restricción al derecho en cuestión cumple con los cánones jurídicos al uso.<sup>95</sup>

Otro criterio que podría sumarse a dicha relación es el que proviene de la diferencia que, desde hace ya lustros, se viene haciendo notar por ciertos sectores doctrinales.<sup>96</sup> Se interpreta que el *apoliticismo* es una cosa y el *apartidismo* otra, lo que dejaría la puerta abierta a permitir cierta participación política del militar. La consecuencia de dicha afirmación, que se comparte aquí en sus líneas generales, eleva de dificultad la empresa, porque obligaría al legislador –si así lo estima– a llevar a cabo una labor de selección y despiece para dirimir qué actos individuales serían *políticos* y qué actos individuales tendrían que ver con la *causa partidista*.<sup>97</sup>

D) EL REFORZAMIENTO DE LA NEUTRALIDAD POLÍTICA: LA LEY ORGÁNICA 8/2014, DE 4 DE DICIEMBRE, DE RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LAS FUERZAS ARMADAS

El 4 de marzo de 2015 entró en vigor la nueva legislación disciplinaria militar. Y lo hizo con vocación de reforzar el deber de neutralidad política, vocación no exenta de ciertas incertidumbres derivadas de la forma de tipificar las conductas potencialmente sancionables.

El reforzamiento directo se aprecia porque para la LORDFAS vulnerar tal deber es considerado falta grave y/o muy grave (es decir, no leve), lo que supone, en el caso de que la conducta presuntamente infractora pueda subsumirse en el primer tipo disciplinario, desde una sanción económica de ocho días, como mínimo, hasta la pérdida de destino (inclusive la baja si el infractor ostenta la condición de alumno de cualquier Centro Docente

<sup>95</sup> Vid. Cotino Hueso, L; *El Modelo...*, op. cit, p. 387.

<sup>96</sup> Uno de los autores más destacados de esta corriente ya dijo en 1984 que «(...) a partidismo no significa apoliticismo. Las Fuerzas Armadas como cualquier otra institución del Estado, deben realizar ante el Gobierno la política que más le convenga para el mejor cumplimiento de la misión que la Constitución le tiene señalada. El apoliticismo del militar es una aberración que le conduce a un vacío intelectual. No podemos olvidar que antes de ser militar, se es ciudadano y como tal, animal político, que debe sentir y vivir las inquietudes de sus semejantes. Por otra parte, la tan traída y llevada integración social del militar no podrá conseguirse si no se siente identificado con los problemas de toda índole que se producen en su país». Vid. Morales Villanueva, M.A; «Derechos...», op. cit., p. 91.

<sup>97</sup> La no intervención en dicha causa es lo que explica que el hecho de ser militar impida competir en cualquier proceso electoral, a tenor del artículo 70.1.e) CE. Así parece interpretar la neutralidad política Rodríguez Ramos, L; «Fundamentos del orden jurídico militar en el estado social y democrático». En Prieto, L; y Bruquetas, C (eds.); *Libertades Públicas...*, op. cit., p. 261.

Militar de Formación).<sup>98</sup> Si se subsume en el segundo, el castigo será mayor: desde el arresto de sesenta días, hasta la resolución de compromiso (es decir, cesar en la relación de servicios con las FAS), pasando por la suspensión de empleo y/o la separación del servicio.<sup>99</sup> Para saber si estamos ante una u otra, el concepto clave es el de «reiteración» en la comisión del ilícito, entendiendo por tal vulnerar tres veces el deber de neutralidad política en un periodo de dos años.<sup>100</sup>

El reforzamiento indirecto, por así decirlo, se observa cuando la LORDFAS opta por un escrupuloso procedimiento en cada uno de los marcos de ejercicio de los derechos individualmente considerados. Así, será falta leve no cumplir con lo establecido normativamente para ejercer el derecho de asociación, o el hecho de dificultar el mismo.<sup>101</sup> Se convierte en falta grave si la conducta es impedir o limitar su legítimo desarrollo.<sup>102</sup> También se considera falta grave acudir a reuniones clandestinas o no autorizadas celebradas en unidades militares,<sup>103</sup> así como si se organizan o se participa activamente en ellas.<sup>104</sup> Cosa muy parecida puede decirse del derecho de sufragio, dado que cualquier quebranto

---

<sup>98</sup> Artículo 7.32: «Será falta grave (...): efectuar con publicidad manifestaciones o expresar opiniones que supongan infracción del deber de neutralidad política o sindical. Fundar un partido político o sindicato, así como constituir una asociación que, por su objeto, fines, procedimientos o cualquier otra circunstancia conculque los deberes de neutralidad política o sindical. Afiliarse a este tipo de organizaciones o promover sus actividades, publicitarlas, así como inducir o invitar a otros militares a que lo hagan. Ejercer cargos de carácter político o sindical, o aceptar candidaturas para ellos, sin haber solicitado previamente el pase a la situación legalmente establecida. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en las normas específicamente aplicables a los reservistas».

<sup>99</sup> Artículo 8.13: «Será falta muy grave (...): infringir reiteradamente los deberes de neutralidad política o sindical, o las limitaciones en el ejercicio de las libertades de expresión o información, de los derechos de reunión y manifestación y del derecho de asociación política o profesional».

<sup>100</sup> Artículo 10: «A los efectos de esta ley, se entiende que una conducta típica es reiterada cuando se realiza en tres o más ocasiones en el periodo de dos años, que se computará de fecha a fecha desde la comisión del primero, aunque los hechos aislados hayan sido sancionados».

<sup>101</sup> Artículo 6.31: «La inexactitud en el cumplimiento de la normativa sobre el ejercicio del derecho de asociación profesional establecida en la Ley Orgánica de Derechos y Deberes de los Miembros de las Fuerzas Armadas o dificultar su legítimo ejercicio».

<sup>102</sup> Artículo 7.35: «El incumplimiento de la normativa sobre el ejercicio del derecho de asociación profesional establecida en la Ley Orgánica de Derechos y Deberes de los Miembros de las Fuerzas Armadas así como impedir o limitar su legítimo ejercicio».

<sup>103</sup> Artículo 7.7: «Organizar, participar o asistir a reuniones clandestinas o no autorizadas que se celebren en unidades militares».

<sup>104</sup> Artículo 7.34: «Organizar o participar activamente en reuniones o manifestaciones de carácter político o sindical, así como organizar, participar o asistir, vistiendo de uniforme o haciendo uso de su condición militar, a manifestaciones o reuniones de carácter político, sindical o reivindicativo que se celebren en lugares públicos».

de su régimen jurídico también se estipula como falta grave y/o muy grave.<sup>105</sup>

## 6. CONCLUSIONES

El régimen jurídico de los derechos políticos de los militares españoles sigue siendo, a la luz de su nuevo marco regulador, sumamente restrictivo. Lo que ha venido obteniendo el plácat debido a la necesidad de salvaguardar los principios básicos que estructuran las FAS –jerarquía, disciplina, unidad, y eficacia–, también opera respecto a la neutralidad política, extremo que la LODDMFAS apuntala y la LORDFAS rubrica.

Limitar tales derechos en aras de garantizar la imparcialidad del militar es una técnica ampliamente difundida en otras latitudes que no solo cabe en el marco jurídico de nuestras obligaciones internacionales, sino que cuando las altas jurisdicciones han tenido que conocer de litigios relacionados con la misma han aceptado, directa e indirectamente su legitimidad. En suma, no parece que se cuestione seriamente lo necesario de la neutralidad política del militar en activo, ni desde el punto de vista político, ni social, ni jurídico.

Justo por todo ello, conviene dedicarle algunos esfuerzos adicionales a la causa para intentar acotar qué exigencias reales plantea. Desde aquí solo se ha pretendido apuntar algunas razones que conducen a pensar que el diagnóstico no es desacertado. A partir de ahí, se abren posibilidades sugerentes que, a través de la interacción de los diferentes actores en liza, ayudarán a pulir el status jurídico-político de los miembros de nuestras FAS. A buen seguro que el esfuerzo merecerá la pena para el ordenamiento constitucional en conjunto.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

Álvarez García, V; *El concepto de necesidad en Derecho público*, Civitas, Madrid, 1996.

Aznar Fernández-Montesinos, F; «Militares en la España de hoy», *Claves de Razón Práctica*, nº 229, 2013.

---

<sup>105</sup> Artículo 7.36: «Será falta grave (...): la inexactitud en el cumplimiento de las normas y procedimientos que regulan el ejercicio del derecho de sufragio activo». Artículo 8.15: «Será falta grave (...) el incumplimiento de las normas y procedimientos que regulan el ejercicio del derecho de sufragio activo».

- Bañón Martínez, R; y Olmeda Gómez, J; «Las Fuerzas Armadas en España: Institucionalización y proceso de cambio». En Bañón Martínez, R; y Olmeda Gómez, J; *La Institución Militar en el Estado Contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1985.
- Barcelona Llop, J; «Profesionalismo, militarismo e ideología militar», *Revista de Estudios Políticos*, nº 51, 1986.
- Blanco Valdés, R: *La ordenación constitucional de la Defensa*, Tecnos, Madrid, 1988. Blanquer Criado, D: *Ciudadano y soldado. La Constitución y el Servicio Militar*. Civitas, Madrid, 1996.
- Buiza Cortés, T: «Los militares y el derecho de participación política». En Prieto, L; y Bruquetas, C (eds.); *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*, Ministerio de Educación y Ciencia-Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1986.
- Busquets, J; *Militares y demócratas*, Plaza&Janés, Barcelona, 1999.
- Capella, J-R; «La Constitución tácita». En Capella, J-R (ed.); *Las sombras del sistema constitucional español*, Trotta, Madrid, 2003.
- Casado Burbano, P; «La despolitización de los militares profesionales en la España democrática». En Bañón Martínez, R; y Olmeda Gómez, J; *Fuerzas Armadas y sociedad*, II Jornadas de Sociología de la Asociación Castellana de Sociología, Madrid, 1983.
- Corbett, S; and Davidson, M.J; «The Role of the Military in Presidential Politics», *Parameters*, nº 10, 2009.
- Corrales Elizondo, A; «Consideración sobre un posible estatuto general de derechos y obligaciones del militar profesional en el marco de la Ley 17/1999, de 18 de mayo». En VVAA; *III Jornadas sobre asesoramiento jurídico en el ámbito de la Defensa. Normativa reguladora del militar profesional en el inicio del siglo XXI y otros estudios jurídicos militares*; Ministerio de Defensa, Madrid, 2001.
- Cotino Hueso, L; *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, CEPC, Madrid, 2002.
- Cruz Villalón, P; *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1994.
- Defensor del Pueblo; *Informe anual 2011 y debates en las Cortes Generales*, Madrid, 2012, [http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/anual/Documentos/Informe\\_2011.pdf](http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/anual/Documentos/Informe_2011.pdf).
- Díez Picazo, L.Mª; *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008 (3ª edición).
- Dzenevs, I; «Limits of Civil Rights as a Guaranty of Political Neutrality», *Foreign Military Studies Office*, Fort Leavenworth (Kansas), 2013. (<http://fmso.leavenworth.army.mil/>).

- Fernández García, I; «La sujeción especial del militar tras la nueva Ley Orgánica de Derechos y Deberes». *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 102, 2014.
- Fernández López, J; *Militares contra el Estado*. Taurus, Madrid, 2003.
- Fernández López, J; *UMD: Militares contra Franco. Historia de la Unión Militar Democrática*, Mira Editores, Zaragoza, 2002.
- Fernández López, J (coord.): *La función militar en el actual ordenamiento constitucional español*, Trotta, Madrid, 1995.
- Fernández Segado, F; «El estatuto jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas y su desarrollo legislativo. Balance de un cuarto de siglo». *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 70, 2004.
- Fernández Segado, F; «La posición constitucional de las Fuerzas Armadas», *Revista Española de Derecho Militar*, nº 67, 1996.
- Fernández Segado, F; «Las restricciones de los derechos de los militares desde la perspectiva del ordenamiento internacional», *Revista de Estudios Políticos*, nº 64, 1989.
- Fernández Segado, F; *El Estado de excepción en el Derecho constitucional español*, EDERSA, Madrid, 1978.
- Ferrajoli, L; *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Trotta, Madrid, 2012.
- Finer, S.E; *The Man On Horseback. The Role of the Military in Politics*, Penguin Books, Harmondsworth, Middlesex, 1976.
- Flores, F; «¿Pueden los militares votar en las primarias?», *Al Revés y al Derecho*, 26 de marzo de 2014 (<http://alrevesyalderecho.infolibre.es/?tag=primarias>).
- Fuerzas Armadas Españolas: «Introducción Histórica». *Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas*, Talleres del Servicio Geográfico del Ejército, Madrid, 1979.
- Gálvez Muñoz, L: «El régimen de votación del personal de las Fuerzas Armadas en el exterior», *Revista Española de Derecho Militar*, nº 90, 2007.
- García Arias, L: «Las Fuerzas Armadas en la Ley Orgánica del Estado», *Revista de Estudios Políticos*, nº 152, 1967.
- García Macho, R; *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1982.
- García Noriega, A; *Libertad de Expresión Forense de los Abogados*, Difusión Jurídica, Madrid, 2012.
- García Roca, J; «Del compromiso de los Estados de organizar elecciones libres al derecho de sufragio de los ciudadanos». En García Roca, J; y Santolaya Machetti, P; *La Europa de los Dere-*

- chos. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 2009 (2ª edición).
- García Roca, J; *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas-Instituto de Derecho Parlamentario, Madrid, 2010.
- Gómez García, L; «Egipto, represión y Constitución», *El País*, 28 de diciembre de 2013. Gómez Martínez, R; *Derechos Fundamentales y condición militar*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2010.
- Gómez Rosa, F; *La Unión Militar Democrática en la transición política*, UCM, Madrid, 2007 (<http://www.eprints.ucm.es/7700/1/T29997.pdf>).
- Gómez Rosa, F; *Los militares olvidados por la democracia*, viveLibro, Madrid, 2013. Guaita Martorell, A; «La Administración militar», *Revista de Administración Pública*, nº 7, 1952.
- Guaita Martorell, A; «Los derechos fundamentales de los militares». En Gómez Ferrer-Morant, R (coord.), *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989.
- Gualda Alcalá, F.J; «La doctrina constitucional sobre el derecho de reunión o manifestación con fines sindicales o reivindicativos: su aplicación a los miembros de las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil a la vista de las últimas reformas legales», *Revista de Derecho Social*, nº 55, 2011.
- Gutiérrez Gutiérrez, I; *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Madrid- Barcelona, Marcial Pons, 2005.
- Gutiérrez Mellado, M; «Líneas maestras de la política militar». *Discurso pronunciado en la Capitanía General de Sevilla*, 7 de febrero de 1977 ([http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:IUGM-DocGGM-19770202&dsID=Transcripcion\\_del\\_documento.pdf](http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:IUGM-DocGGM-19770202&dsID=Transcripcion_del_documento.pdf)).
- Herbón Costas, J.J; «Sobre el derecho de asociación profesional del militar. ¿Hacia una libertad sindical?»; *Revista Española de Derecho Militar*, nº 97, 2011.
- Herrero de Miñón, M; «Sobre el artículo 8 de la Constitución», *El País*, 23 de enero de 2006.
- Herrero de Miñón, M; «Tareas constitucionales de las Fuerzas Armadas: entre el interés nacional y la supranacionalidad», *Discurso pronunciado en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 12 de diciembre de 2000 (<http://www.racmyp.es/publicaciones/discursos.cfm>).
- Lafuente Balle, J.Mª; «Sobre el carácter taxativo o declarativo de la relación de las misiones atribuidas a las Fuerzas Armadas en



- el artículo 8 de la Constitución», *Revista de Derecho Político*, nº 36, 1992.
- Laguna Sanquirico, F; «El militar, ciudadano de uniforme (Deberes y derechos del soldado)», *Revista de Estudios Políticos*, nº 56, 1987.
- Leigh, I; y Born, H; *Handbook on Human Rights and Fundamental Freedoms of Armed Forces Personnel*, Osce-Odihr, Warsaw, 2008.
- López Benítez, M; *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994.
- López de Gea, J; «El Estatuto Jurídico de las Fuerzas Armadas», *Revista de Derecho- UNED*, nº 12, 2013.
- López Garrido, D; «La posición constitucional de las Fuerzas Armadas», *Revista de Administración Pública*, 1983, nº 100-102.
- López Medel, J; «El Ejército como institución. Análisis del artículo 8 CE», *Revista Española de Derecho Militar*, nº 99, 2012.
- López Ramón, F; *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, CEC, Madrid, 1987.
- Martín Retortillo, L; «Algunas reflexiones sobre la situación jurídica del soldado». En Ramírez Jiménez, M (ed.); López Ramón, F (dir.); Fernández López, J (coord.): *La función militar en el actual ordenamiento constitucional español*, Trotta, Madrid, 1995.
- Martín Villa, R; «Claves de la transición», *Discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 26 de noviembre de 2013 (<http://www.racmyp.es/docs/discursos/D86.pdf>).
- Martínez, R; «Nuevos tiempos para las Fuerzas Armadas en democracia y nuevos perfiles de sus componentes»; *Working Paper* nº 321, Institut de Ciències Politiques y Socials- Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 2013 (<http://www.icps.cat/archivos/Workingpapers/wp321.pdf>).
- Martínez Martínez, R; «Las Reales Ordenanzas. ¿Una norma inconstitucional?». En Ramírez Jiménez, M (ed.); López Ramón, F (dir.); Fernández López, J (coord.): *La función militar en el actual ordenamiento constitucional Español*, Trotta, Madrid, 1995.
- Martínez Martínez, S; «Limitación a los derechos fundamentales de la Constitución en relación con las Fuerzas Armadas». En Ramírez Jiménez, M (ed.); López Ramón, F (dir.);
- Morales Villanueva, A; «Derechos y libertades del militar profesional», *Revista de Estudios Políticos*, nº 37, 1984.
- Muñoz-Grandes Galilea, A; «Los Ejércitos ante la crisis. Capacidad de adaptación, firmeza de valores». *Discurso pronunciado en*

- la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 9 de abril de 2013 (<http://www.racmyp.es/intervenciones/INTERVENCIONES.CFM?i=1460&t=2>).
- Nevado-Batalla Moreno, P; «Singularidades y perspectivas sobre el régimen disciplinario militar». *Documentos de seguridad y defensa*, nº 34, CESEDEN, Madrid, 2010.
- Oehling, H; *La función política del Ejército*, IEP, Madrid, 1967.
- Oehling de los Reyes, A; «Los derechos fundamentales del personal militar embarcado en buque de guerra en misión internacional». *Estudios de Deusto*, vol.1, nº 1, 2012.
- Oehling de los Reyes, A; *La dignidad de la persona*, Dykinson, Madrid, 2010.
- Olmeda Gómez, J.A; *Las Fuerzas Armadas en el Estado franquista*, Ediciones El Arquero, Madrid, 1988.
- Pascua Mateo, F; *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2006.
- Peñarrubia Iza, J.M<sup>a</sup>; *Presupuestos constitucionales de la función militar*, CEPC, Madrid, 2000.
- Pérez Villalobos, M<sup>a</sup>.C; «La configuración constitucional de las Fuerzas Armadas», *Revista Española de Derecho Militar*, nº 78, 2001.
- Presno Linera, M.A; «Los límites de los límites a los derechos fundamentales de los militares», *Boletín de Información*, nº 278, 2003.
- Prieto Álvarez, T; «La encrucijada de las relaciones especiales de sujeción»; *Revista de Administración Pública*, nº 178, 2009.
- Puell de la Villa, F; *Historia del Ejército en España*, Alianza Editorial, Madrid, 2005. Requena y Díaz de Revenga, M; «Transición militar y valoración pública». *Claves de Razón Práctica*, nº 229, 2013.
- Rodríguez Ramos, L; «Fundamentos del orden jurídico militar en el estado social y democrático». En Prieto, L; y Bruquetas, C (eds.); *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*, Ministerio de Educación y Ciencia-Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1986.
- Rodríguez Zapatero, J.L; «Irak y la fuerza de la democracia», *El Mundo*, 21 de abril de 2014.
- Stein, T; «Rol de las Fuerzas Armadas en el orden constitucional de Alemania», *Ius etb Praxis*, vol. 8, nº 1, 2002.
- Suárez Pertierra, G; «Veinticinco años de Constitución y Fuerzas Armadas»; *Revista de Derecho Político*, nº 58-59, 2003-2004.
- Torres Muro, I; *El derecho de reunión y manifestación*, Civitas, Madrid, 1991.

*La neutralidad política del militar español desde una perspectiva...*

Trillo-Figueroa, F; «Las Fuerzas Armadas en la Constitución española. (Esbozo de una construcción institucional)»; *Revista de Estudios Políticos*, nº 12, 1979.



## LOS DELITOS IMPRUDENTES EN EL ÁMBITO MILITAR

Jacobo López Barja de Quiroga  
*Magistrado de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo*

### SUMARIO

I.- Relación entre el Código Penal Militar y el Código Penal.- II.- Crimen Culpaes o Crimina Culposa.- III.- El Código Penal Militar y los delitos imprudentes.- 1. Introducción.- 2. La imprudencia en el Código Penal Militar.- 3. El art. 77 del Código Penal Militar (muerte o lesiones imprudentes).- 3.1. Crimina culposa.- 3.2. Tipos penales.- 3.2.1. Tipos objetivos.- 3.2.1.1. Los elementos contenidos en el Código Penal.- 3.2.1.2. La ejecución de un acto de servicio de armas.- 3.2.1.3. La graduación de la imprudencia.- 3.2.2. Tipo subjetivo. IV.- Evolución del delito imprudente.- 1. La culpa como forma de culpabilidad.- 1.1. Teorías psicológicas.- 1.2. Teorías normativas.- 2. La culpa (o imprudencia) perteneciente al tipo.- V.- Tipicidad.- 1. Tipo objetivo.- 1.1. La acción.- 1.2. La imputación del resultado.- 1.3. La teoría de la imputación objetiva.- 1.3.1. La creación de un riesgo.- 1.3.1.1. El límite del riesgo permitido.- 1.3.1.2. Otras cuestiones en relación con la creación del riesgo.- 1.3.2. La realización del riesgo.- 1.4. Clases.- 1.5. El resultado.- 2. Tipo subjetivo.- VI.- Antijuricidad.- VII.- Culpabilidad.- VIII.- La mal llamada compensación de culpas.- IX.- Autoría.- X.- Iter Criminis.

### I. RELACIÓN ENTRE EL CÓDIGO PENAL MILITAR Y EL CÓDIGO PENAL

La primera cuestión que se presenta, al adentrarnos en el ámbito jurídico militar, es la relativa a la relación que existe entre el Código Penal y el Código Penal Militar. Con ello no nos referimos a si el Código Penal Militar es legislación especial en el sentido que se da a este

término en el ámbito de la codificación, en cuyo sentido, sin duda, junto al Código Penal existen leyes especiales (entre ellas el Código Penal Militar); pero esta afirmación no determina la relación normativa, que es en lo que nos vamos a centrar; y, al respecto ha de afirmarse que se trata de una relación normativa que conforme al art. 12 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, ha de resolverse conforme al principio de alternatividad. Esto es, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 8.4 del Código Penal, el conflicto aparente de normas debe resolverse aplicando la norma que sancione más gravemente el hecho. Esto significa que el Tribunal debe siempre examinar el hecho y su subsunción en ambos códigos y aplicar aquel que castigue más gravemente la conducta. Evidentemente, esto no tiene ningún afecto en relación con la jurisdicción, pues, el orden jurisdiccional militar sigue siendo el que tiene jurisdicción para el enjuiciamiento del hecho, sin perjuicio de que aplique el Código Penal.

Además, en esta misma línea, expresamente el Código Penal Militar de 2015 en su art. 1.3 señala que «cuando a una acción u omisión constitutiva de un delito militar le corresponda en el Código Penal una pena más grave, se aplicará dicho Código por la Jurisdicción Militar». De este precepto se deducen claramente dos aspectos: por una parte, que el Código Penal es aplicable; y, por otra parte, que lo será por la denominada jurisdicción militar.

Ello aparece reforzado en el art. 1.2 del Código Penal Militar que establece que «las disposiciones del Código Penal serán aplicables a los delitos militares como supletorias en lo no previsto expresamente por el presente código. En todo caso será de aplicación el Título Preliminar del Código Penal».

Así pues, podemos concluir:

- a) El Título Preliminar del Código Penal debe emplearse siempre cuando vaya a aplicarse el Código Penal Militar.
- b) Entre el Código Penal y el Código Penal Militar existe una relación de alternatividad, de manera que siempre habrá de aplicarse la norma con pena más grave.  
Es más, en ocasiones el propio Código Penal Militar ordena aplicar el Código Penal, aunque aumentando la pena establecida en este último código (entre otros, por ejemplo en el art. 77).
- c) Además, en esa relación normativa entre los indicados códigos, también existe una relación de subsidiariedad.

## II. CRIMEN CULPAE O CRIMINA CULPOSA

El sistema del *crimen culpae* considera que el delito imprudente es único y que su característica consiste en que el sujeto realiza «algo imprudente que trasciende al mundo exterior»<sup>1</sup>. Junto a esta nota ha de añadirse otra: el resultado; el resultado solo importa a efectos de penalidad, funciona como un conjunto unitario y sirve como un elemento que permite el castigo de la imprudencia, como condición para la penalidad. Entre la imprudencia del sujeto y el resultado debe existir una conexión causal mínima regida por la teoría de la equivalencia de condiciones. Lo importante es que el sujeto ha realizado un hecho imprudente, de manera que lo esencial es examinar la imprudencia llevada a cabo, analizarla en sí misma, si es grave, leve, etc., con independencia del resultado, el cual, como dijimos solo tiene interés como una condición indispensable para la pena.

Así pues, para este sistema que el resultado sea único (por ejemplo, una muerte) o múltiple (por ejemplo, varias muertes, lesiones, daños, etc.) carece de importancia, dado que todo conforma el «resultado», que será tratado de forma unitaria. Por otra parte, debido al papel que juega el resultado, su unión con el hecho realizado por el sujeto tampoco requiere que sea muy precisa, basta con que de alguna manera pueda enlazarse, a los únicos efectos de cumplir con la condición de penalidad. En este sistema los supuestos imprudentes son *numerus apertus*.

El sistema de los *crimina culposa* trata al delito imprudente de forma similar al delito doloso. Parte de la base de que no han de existir cláusulas generales sino que solamente deben castigarse supuestos concretos. No cualquier imprudencia es relevante penalmente. Por el contrario, el legislador acota aquella que, por su mayor entidad, considera que debe ser incluida en el ámbito penal. Es, por consiguiente, un sistema selectivo. Aquí el resultado no va a tratarse como un conjunto unitario sino que se tomará en consideración en su individualidad, y el enlace entre la acción y el resultado se observará conforme a rigurosos y exigentes criterios de imputación objetiva. Al concretar los supuestos imprudentes, es claro que sigue un sistema de *numerus clausus*. Sin duda, las diferencias entre un sistema y otro cuando se producen resultados múltiples son importantes.

Es fácil concluir que el sistema del *crimen culpae* no es respetuoso con el principio de legalidad, pues ni siquiera cumple con el principio de taxatividad en la definición penal y, en diversas ocasiones, llega a resultados

---

<sup>1</sup> Rodríguez Muñoz, notas a Mezger, *Tratado de derecho penal*, I, Madrid, 1946, p. 205.

absurdos. Por el contrario, el sistema de los *crimina culposa* concuerda con el principio de legalidad, proporciona la posibilidad de que el legislador sea taxativo en la descripción penal, permite cumplir con el principio de fragmentariedad y *ultima ratio*; además, al aceptar la teoría del concurso, logra una mayor coherencia en los supuestos de resultados múltiples.

No es de extrañar que la doctrina<sup>2</sup> buscara todos los argumentos posibles para afirmar que nuestro Código Penal de 1973 (esto es, el ya derogado), a pesar de usar el sistema de cláusula general, sin embargo, podía ser interpretado como un sistema de *crimina culposa*. No tuvo excesivo éxito, pues, la jurisprudencia siempre ha interpretado que el citado código contemplaba un sistema de *crimen culpae* con *numerus apertus* y resultado unitario.

Así, pues, en defensa de que la existencia de una cláusula general no implicaba necesariamente un sistema de *crimen culpae* y que, por el contrario, podía elaborarse un sistema de *crimina culposa*, se señaló<sup>3</sup>:

- 1/ Que la cláusula general era simplemente una solución de técnica legislativa para evitar duplicar los artículos<sup>4</sup>; pues el legislador no quería castigar algunos supuestos imprudentes, sino, por el contrario, su interés se centraba en conseguir abarcar todos los casos posibles<sup>5</sup>.
- 2/ Además, frente a la argumentación consistente en que el código recogía un *crimen culpae* porque establecía una única y misma pena a pesar de los diversos resultados posibles, es decir, a pesar de que la distinta gravedad del resultado podía conducir a una pena idéntica, se contestó indicando que eso «era» así únicamente por la interpretación jurisprudencial, dado que bien podía haberse aplicado la teoría de los concursos.
- 3/ La doctrina hizo ver lo incorrecto que era hablar de «delito de imprudencia», al igual que no podía hablarse de «delito de dolo»<sup>6</sup>.
- 4/ También resaltó la doctrina que, en realidad al exigir el código una estricta conexión con el hipotético delito doloso, siendo este el que le prestaba la descripción típica, ciertamente se estaban estableciendo

---

<sup>2</sup> Con más desarrollo en López Barja de Quiroga, «Comentario al art. 565», *Código Penal Comentado* (coord. López Barja de Quiroga / Rodríguez Ramos), 1990, págs. 1058 y ss.

<sup>3</sup> Básicamente por Rodríguez Muñoz (Mezger, *Tratado...*, I, p. 204 y ss.; y *Tratado...*, II p. 172 y 190) y por Antón Oneca, *Derecho penal*, 2ª ed., 1986, p. 248; seguidos en este extremo por Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*, V., 3ª ed., 1976, p. 723 y posteriormente por la doctrina dominante: Gimbernat, *Introducción a la parte general del Derecho penal español*, 1979, p. 121; Mir, *Derecho penal*, cit., p. 225; Octavio-Huerta, *Derecho penal*, p. 629.

<sup>4</sup> Rodríguez Muñoz, *Notas a Mezger, Tratado ...*, I, cit., p. 206.

<sup>5</sup> Jiménez de Asúa, *Tratado...*, V, cit., p. 724.

<sup>6</sup> Quintano, *Derecho penal de la culpa*, 1958, p. 19.



diversos *crimina culposa*, pues, desde el momento en que se exige una conexión estricta y precisa entre el hecho imprudente y el resultado «ya hay que hablar, no de imprudencia pura y simple, sino unas veces de imprudencia respecto a la muerte de un hombre, otras, de imprudencia respecto al incendio de un edificio, etc.»<sup>7</sup>. Ante ello se preguntaba Rodríguez Muñoz: «¿qué queda entonces en pie de la pretendida unidad del *crimen culpa*e? ¿No estamos ya reconociendo *crimina culposa*?»<sup>8</sup>.

### III. EL CÓDIGO PENAL MILITAR Y LOS DELITOS IMPRUDENTES

#### 1. INTRODUCCIÓN

La relación normativa entre el Código Penal y el Código Penal Militar a la que antes nos referíamos, se presenta de forma muy clara en relación con el delito recogido en el art. 77 del Código Penal Militar. En efecto, para regular los delitos imprudentes puede seguirse como hemos indicado, el sistema del *crimen culpa*e o el de los *crimina culposa*, esto es, un sistema abierto con una cláusula general o el de un sistema cerrado con tipos penales imprudentes específicamente determinados. Esta segunda forma de tipificar los supuestos imprudentes es la seguida por el Código Penal de 1995 (a diferencia del que seguía el anterior Código Penal, desde ya el de 1848) y, también el Código Penal Militar, pues en este, junto a supuestos dolosos, establece también ciertos tipos imprudentes (al respecto véanse los arts. 63.2, 70, 73, 74, 75, 77.1 y 77.2). No obstante, es cierto que en ocasiones –y una de ellas es la del art. 77– la redacción típica es tan sumamente amplia que puede conducir a una caracterización de *crimen culpa*e, con las dificultades que tal sistema conlleva para coherenciarlo con el principio de legalidad, y, por ello con su constitucionalidad. Sin embargo, la jurisprudencia consideraba que el antiguo art. 159 del derogado Código Penal Militar constituía una cláusula general, a modo de *crimen culpa*e, aunque a nuestro juicio, no había razón que lo justificara. Además, como dijimos, necesariamente para evitar su anticonstitucionalidad es preciso defender una interpretación dirigida a mantener un sistema de *crimina culposa*, lo que por otra parte visto el Código Penal Militar, a mi juicio, es la regulación que contiene. No existe ninguna cláusula general, sino supuestos concretos en los que se castiga el tipo penal imprudente.

<sup>7</sup> Rodríguez Muñoz, *Notas a Mezger, Tratado ...*, I, cit., p. 208.

<sup>8</sup> Rodríguez Muñoz, *Notas a Mezger, Tratado ...*, I, cit., p. 208.

## 2. LA IMPRUDENCIA EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR

El Código Penal Militar se refiere a la imprudencia de diversas formas. En el art. 9.1 habla de acciones imprudentes.

En el art. 70 se refiere «al militar que (...) imprudentemente» (se embriagara o consumiere drogas).

Y, también gradúa la imprudencia, distinguiendo entre la grave, la no grave y la profesional.

En términos generales, exige que la imprudencia sea grave. Así en los arts. 63.2, 73, 74, 75, 77.1, y 78.

Junto a ello también castiga la imprudencia sin especificar más (esto es, sin concretar si habrá de ser grave o no grave) en el art. 74; así como en el art. 70.

Y, considera típica la imprudencia no grave en el art. 77.2.

Por último, se refiere a la imprudencia profesional en el art. 77.1, párrafo 2º.

De lo expuesto, podemos concluir:

- a) Hemos de partir del hecho de que el Código Penal distingue entre imprudencia grave (lo hace en 30 tipos penales: arts. 142, 146, 152, 158, 159, 183.4.e, 187.2.c, 188.3.d, 189.2.d, 220.5, 267, 301.3, 317, 324, 331, 332.3, 334.3, 344, 345.3, 347, 358, 367, 391, 447, 467.2, 532, 576.4, 577.3, 601 y 615 bis), menos grave (arts. 142.2 y 152.2) e imprudencia profesional (arts. 142.1, 146, 152.1.3º y 158). Esto implica, dada la necesaria correlación normativa, que se fijen los términos del Código Penal Militar, pues como veremos en este se habla de imprudencia grave, no grave y profesional; además de existir supuestos en los que no se califica la imprudencia. Parece, en principio, correcto el reconducir la imprudencia sin calificar a las dos posibilidades de grave y no grave, con exclusión de la imprudencia leve; y, por otra parte, equiparar la imprudencia no grave con la menos grave, en la terminología del Código Penal. En efecto que, en razón a la necesaria correlación, hemos de considerar que «imprudencia no grave» equivale a la «imprudencia menos grave» del Código Penal. Y, que queda excluida la imprudencia leve.
- b) Que, a pesar de ello, las dificultades para establecer la distinción subsisten.
- c) En cualquier caso, desde luego, el sistema necesariamente ha de reconducirse al de *crimina culposa*.

- d) El tipo penal imprudente debe estar perfectamente delimitado, tanto en su aspecto objetivo como en el subjetivo.

### 3. EL ART. 77 DEL CÓDIGO PENAL MILITAR (MUERTE O LESIONES IMPRUDENTES)

#### 3.1 Crimina culposa

Veamos seguidamente el delito imprudente más representativo, que es el contenido en el art. 77, el cual «aparece» como la versión actual del derogado art. 159 y de este se predicaba, como acabamos de decir, que constituía una cláusula general del *crimen culpae*. Evidentemente, nuestra interpretación pasa por considerar que se trata un tipo imprudente concreto.

Además, se debe evitar caracterizar el art. 77 del Código Penal Militar como un supuesto de *crimen culpae*, pues esta clase de cláusulas generales son anticonstitucionales por no respetar el principio de legalidad en su extremo de *lex certa* y, de ahí que se trate de una vulneración del principio *nulla poena sine lege*. Por ello, es preciso interpretar dicho art. 77 como un supuesto de *crimina culposa*, suficientemente determinado y con una conducta típica, y un resultado.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta, a los efectos de la subsunción, que el sistema del Código Penal es de *crimina culposa*, lo que conlleva que cada resultado conforma un delito imprudente, mientras que esto no ocurre así en el sistema de *crimen culpae*. En otras palabras, si se afirma que el art. 77 del Código Penal Militar es un supuesto de *crimen culpae*, en los casos de varios resultados la solución de uno u otro código son claramente distintas. Y, evidentemente, también la solución será diferente en los supuestos de error de tipo vencible. De ahí que no sea ocioso insistir en la necesidad de una delimitación concreta de la subsunción.

#### 3.2 Tipos penales

##### 3.2.1 Tipos objetivos

###### 3.2.1.1 Los elementos contenidos en el Código Penal

El art. 77 del Código Penal Militar señala que «1. *El militar que, por imprudencia grave y durante la ejecución de un acto de servicio de armas, causare la muerte o lesiones constitutivas de delito, será castigado con las*

*penas privativas de libertad respectivamente señaladas en el Código Penal para el homicidio o lesiones imprudentes, incrementadas en un quinto, en sus límites mínimo y máximo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 21 de este Código.*

*Fuera del acto de servicio de armas, la imprudencia profesional con los resultados antes previstos, se castigará con las mismas penas.*

*2. Si la imprudencia no fuera grave se impondrá la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión o multa de dos a seis meses».*

El art. 77 del Código Penal Militar contiene tres tipos penales que podemos distinguir: a) por imprudencia grave; b) por imprudencia profesional; y, c) por imprudencia no grave. Pero, lo cierto es que todo tipo imprudente ha de tener un tipo objetivo. Desde este punto de vista, sería: a) homicidio o lesiones por imprudencia grave en un acto de servicio de armas; b) homicidio o lesiones por imprudencia profesional en un acto que no sea servicio de armas; y, c) homicidio o lesiones por imprudencia no grave.

Con relación al tipo objetivo de homicidio no existen problemas. El problema aparece en relación con el tipo de lesiones, pues el Código Penal diferencia diversos supuestos en razón a los diferentes resultados que se hayan producido. Por consiguiente, el tipo de lesiones imprudentes en el ámbito militar debe formarse con los diversos tipos objetivos previstos en el Código Penal.

### 3.2.1.2 La ejecución de un acto de servicio de armas

Así pues, el tipo objetivo ha de formarse con el tipo objetivo de homicidio o de lesiones del Código Penal y ha de añadirse el elemento objetivo de que se trate de una acción que suponga «la ejecución de un acto de servicio de armas» (art. 77). Al respecto, debemos acudir al art. 6.2 del Código Penal Militar, conforme al cual son actos de servicio de armas «*todos los que requieren para su ejecución el uso, manejo o empleo de armas, cualquiera que sea su naturaleza, conforme a las disposiciones generales aplicables o a las órdenes particulares debidamente cursadas al respecto, así como los actos preparatorios de los mismos, ya sean individuales o colectivos, desde su iniciación con el llamamiento a prestarlo hasta su total terminación, y cuantos actos anteriores o posteriores al propio servicio de armas se relacionen con este o afecten a su ejecución.*

*Asimismo, tendrán esta consideración los actos relacionados de forma directa con la navegación de buques de guerra o de la Guardia Civil, o el vuelo de aeronaves militares. También la tendrán los servicios de trans-*

*misiones, comunicaciones o informáticos, detección y análisis del espacio radioeléctrico o cibernético, imágenes o datos y cualesquiera otros servicios de vigilancia y control de los espacios en que se desarrollen las operaciones militares».*

El art. 6.2 del actual Código Penal Militar, en su párrafo 1º, define la expresión «actos de servicio de armas» de igual manera que el antiguo art. 16 del Código Penal Militar derogado; mientras que el actual párrafo 2º del art. 6.2 supone una mejora respecto del parecido contenido del derogado art. 16. Pues bien, dada la similitud indicada resulta plenamente aplicable la jurisprudencia recaída al respecto en relación con esta expresión contenida en el anterior art. 16.

La jurisprudencia considera que *«el servicio de armas tiene carácter permanente y continuo “desde su iniciación con el llamamiento a prestarlo hasta su total terminación”, incluidos “cuantos actos anteriores o posteriores al propio servicio de armas se relacionen con este o afecten a su ejecución”, como se establece en el mencionado art. 16 CPM, siendo irrelevante para la pérdida de dicha continuidad el que los hechos se produzcan en periodo de descanso, ya que mientras dure el servicio de esta clase el militar está sobre las armas de modo continuo sin que puedan hacerse distinciones sobre fases o periodos del servicio, como se dice en las tempranas sentencias 24.05.1989 y 29.09.1989 (vid. en tal sentido de continuidad y permanencia del servicio de armas nuestras sentencias 19.05.1993; 17.11.1998; 04.05.2000; 20.11.2002; 14.01.2004 y 06.03.2012)»* (STS, 21 de octubre de 2014). Añadiendo esta sentencia que *«nuestra jurisprudencia también es constante en el sentido de que la conceptualización de los servicios como de armas, en los términos del art. 16 CPM, no depende de la efectiva utilización o porte del armamento bastando que por las características del servicio ello esté previsto, legal o reglamentariamente o en la orden legítima de designación, como decimos en nuestra sentencia 27.02.2006 y las que en ella se citan y más recientemente en la de fecha 27.04.2012 (vid. sentencias 07.02.2005 y 20.02.2007 sobre consideración de los servicios de Guardia de Seguridad como de armas)».*

En efecto, la STS, 2 de junio de 2014 recuerda que *«los servicios de armas tiene carácter permanente desde su comienzo hasta la total terminación de los mismos (SS 04.05.1989; 10.02.1992; 19.05.1993; 30.01.1995; 26.01.1999 y 20.11.2002, entre otras), de manera que iniciado uno de estos servicios su naturaleza no varía en el curso del mismo porque alguno de los cometidos ordenados con tal carácter pudiera desempeñarse sin dotación de armamento, mientras no se haya concluido el servicio en su conjunto (STS 5ª 14.01.2004). Y como pone de manifiesto el Ministerio*

*Fiscal, la jurisprudencia de esta Sala no solo ha afirmado el carácter permanente del servicio de armas sino que ha ido elaborando una doctrina relacionando qué servicios concretos deben ser tenidos como de armas, y así se incluyen, volvemos a repetir: La guardia de prevención (sentencia de 13 de abril de 2009); Las patrullas de servicio de seguridad antiterrorista en la vía del ferrocarril de alta velocidad (sentencia de 6 de octubre de 2007); Las guardias de seguridad, (sentencias de 7 de febrero de 2005 y 20 de febrero de 2007); El oficial de servicio (sentencias de 3 de diciembre de 1999, 14 de enero de 2004, 28 de enero y 18 de abril de 2005, y 31 de enero de 2006); El suboficial de la guardia de seguridad (sentencia de 22 de febrero de 1995); Las guardias de honor (sentencia de 3 de noviembre de 2008); o la realización de un ejercicio de orden cerrado, en cuanto que acto preparatorio del servicio de armas».*

De manera que aunque no se porten armas, se tratará de un acto de servicio de armas siempre que en el servicio que se desarrolle estén las mismas a su disposición. Así, en la STS, de 27 de abril de 2012 se indica que en el caso «se describía un servicio de guardia de seguridad de los comprendidos en el Título XIX de las Reales Ordenanzas de la Armada, en el que si bien no se portaban armas, estas estaban a disposición de los componentes de la guardia en el pañol correspondiente en caso de emergencia».

### 3.2.1.3 La graduación de la imprudencia

En cuanto a su graduación, el Código Penal Militar distingue entre imprudencia grave y no grave. Sobre esta distinción nos remitimos a lo que dijimos anteriormente al respecto. Por consiguiente, la imprudencia no grave equivale a la imprudencia menos grave y queda excluida la imprudencia leve.

Queda por determinar que ha de entenderse por imprudencia profesional.

#### a) En el Código Penal

La antigua distinción entre imprudencia profesional e imprudencia del profesional, carece de interés. La jurisprudencia considera que existe imprudencia profesional cuando se trata de personas que, perteneciendo a una actividad profesional, y por consiguiente, deben tener unos conocimientos propios de esa actividad profesional, al actuar en el ámbito de su profesión infringen la *lex artis* (así, entre otras, SSTS, 1606/1999, de 8 de noviembre; 307/2006, de 13 de marzo; y, 80/2007, de 9 de febrero).

Más relevante es determinar si la imprudencia profesional supone un plus de antijuridicidad (como en ocasiones señala la jurisprudencia) o si simplemente al tratarse de un profesional en el ejercicio de su profesión el código –como hace en otros tipos penales– le anuda la pena de inhabilitación especial para dicha profesión, pero sin incidencia en la «clase» de imprudencia de que se trate, o con otras palabras, en su graduación.

Nos inclinamos por esta segunda opción. La imprudencia profesional únicamente es aplicable respecto de la imprudencia grave. En otras palabras, la profesionalidad no transforma una imprudencia menos grave en una imprudencia profesional.

En efecto, en el Código Penal la imprudencia profesional supone una agravación (puesto que añade otra pena a la que corresponde por la imprudencia grave) respecto de la imprudencia grave (art. 142.1 párrafo 4º) y no está prevista en el caso de la imprudencia menos grave (art. 142.2). Así en relación con el delito de homicidio.

Lo mismo ocurre en el caso del delito de lesiones. Solo es relevante penalmente la imprudencia profesional cuando se trate de lesiones por imprudencia grave (art. 152.1) y no cuando se trate de lesiones por imprudencia menos grave (art. 152.2).

También en relación con el delito de aborto (art. 146), únicamente se encuentra prevista la imprudencia profesional en el caso de imprudencia grave.

Y, lo mismo ocurre en cuanto al delito de lesiones al feto (art. 157), pues solo está prevista la imprudencia profesional en el caso de imprudencia grave (art. 158).

De manera que la conclusión es que la imprudencia profesional solo es aplicable cuando el autor ha obrado con imprudencia grave y no cuando la imprudencia es menos grave (aunque, se trate de la acción de un profesional en el ejercicio de un acto propio de su profesión).

b) En el Código Penal Militar

El Código Penal Militar se refiere a la imprudencia profesional en el art. 77.1 párrafo 2º, estableciendo que «fuera del acto de servicio de armas, la imprudencia profesional con los resultados antes previstos [se refiere a muerte o lesiones], se castigará con las mismas penas».

No es de fácil interpretación.

Sabemos que el autor ha de ser un militar y que el resultado ha de ser muerte o lesiones, pero, ¿cuál es el tipo objetivo? Y ¿cuál el tipo subjetivo?

El tipo objetivo será cualquier acción realizada por un militar que, fuera de un acto del servicio de armas, cause la muerte o lesiones constitutivas de delito a una persona. Esto abarca también acciones que deben quedar

fuera de la jurisdicción militar; por ejemplo, al conducir un vehículo de motor en una vía pública. ¿Es esta la idea del nuevo Código Penal Militar?

La respuesta ha de ser negativa. Ni el código pretende esa extensión de la jurisdicción militar, ni en el ejemplo indicado sería aplicable el art. 77.

La clave se encuentra en el sujeto activo en relación con la profesión. Ha de tratarse de un militar que realice una acción propia de su profesión y eso no concurre en el ejemplo antes indicado, pues dicho militar se encontraba en el rol de ciudadano, esto es, no realizaba ningún acto propio de su profesión.

Así pues, ha de tratarse de un acto propio de la profesión de militar, pero que no sea un acto de servicio de armas. Ahora bien, ¿esta conclusión conduce a que en el ámbito del Código Penal Militar deba recuperarse la distinción entre la imprudencia profesional y la imprudencia del profesional? Todo militar es un profesional, la imprudencia profesional ha de ser realizada en el ejercicio de su profesión (que no sea un acto de servicio de armas), luego la conclusión es que toda acción de un militar propia de su profesión (no que sea un acto de servicio de armas) conforma el tipo objetivo.

Ahora bien, la imprudencia no grave, cuando es «profesional», ¿dará lugar a la aplicación del art. 77.1, párrafo 2º? Teniendo en cuenta el correlativo paralelismo que es preciso realizar con el Código Penal, la respuesta debe ser negativa. Como dijimos, en el Código Penal la imprudencia profesional siempre tiene como base una imprudencia grave.

A nuestro juicio, dada la redacción del art. 77 ha de concluirse que la imprudencia profesional solo es aplicable respecto de un supuesto en el que concurra imprudencia grave; por consiguiente, queda excluida su aplicación cuando se trate de un supuesto en el que concurre imprudencia no grave.

### 3.2.2 Tipo subjetivo

El tipo subjetivo estará constituido, como diremos más adelante, por el desconocimiento individualmente evitable del peligro concreto.

## IV. EVOLUCIÓN DEL DELITO IMPRUDENTE

En la evolución relativa al delito imprudente, la doctrina ha pasado de considerar que se trataba de una forma de culpabilidad a la sustantividad de un tipo imprudente.



Paralelamente, de considerar la imprudencia como un hecho en el que todo se desvaloraba en razón a la acción, esto es, la imprudencia era básicamente la infracción de la norma de cuidado (en cuya conceptualización el resultado quedaba relegado a una mera condición objetiva de punibilidad), se ha pasado a una concepción en el que el injusto del delito doloso y el del delito imprudente son idénticos.

En la actualidad, partiendo de la indicada identidad, la más importante diferencia se encuentra en la formulación de Jakobs, que elabora la cuestión en relación a la acción evitable, y la de Roxin, que sigue los parámetros de la teoría de la imputación objetiva.

En esta evolución, también es discutido si en el delito imprudente puede distinguirse entre un tipo objetivo y un tipo subjetivo. La doctrina mayoritaria considera que no es posible esa distinción, pues todo el delito imprudente es tipo subjetivo. No estamos de acuerdo con dicho planteamiento, pues a nuestro juicio parte de la no identidad entre el injusto doloso y el imprudente; de manera que realizaremos la exposición partiendo de la indicada identidad de injusto y de la distinción entre tipo objetivo y tipo subjetivo.

Por último, no se puede dejar de mencionar la evolución, al menos en España, de elaborar el delito imprudente como una cláusula general (*crimen culpae*) al de seguir el sistema de los *crimina culposa*. Es preciso advertir que tal cláusula general (*crimen culpae*), que se puede enunciar así: «será castigado quien con imprudencia grave o leve produjera un resultado de muerte, lesiones o daños», es absolutamente anticonstitucional pues no respeta el principio de legalidad en su extremo de *lex certa* y, por consiguiente, se trata de un caso de vulneración del principio *nulla poena sine lege*<sup>9</sup>.

## 1. LA CULPA COMO FORMA DE CULPABILIDAD

### 1.1 Teorías psicológicas

Durante mucho tiempo se ha considerado la culpa como una forma de la culpabilidad y, por consiguiente, incluida en su ámbito. Básicamente, esto ocurre con un concepto psicológico de la culpabilidad y, correlativamente las explicaciones sobre la culpa son de carácter psicológico.

---

<sup>9</sup> Al respecto, con detenimiento, en López Barja de Quiroga, *Tratado de Derecho penal*, 2010, págs. 512 y ss.

Así se desarrollaron teorías como las intelectualistas, que consideraban la culpa como un defecto de la inteligencia<sup>10</sup>; la del error<sup>11</sup> (aunque hoy día también se defiende una imprudencia como error, la fundamentación y el desarrollo no son, desde luego, similares, aunque también se parta de la imprudencia como un supuesto de error de tipo vencible); la de falta de interés en evitar la lesión del derecho<sup>12</sup>; y, la teoría de la previsibilidad<sup>13</sup>, considerando a la culpa como la no previsión del resultado previsible en el momento en que tuvo lugar la manifestación de voluntad. Ahora bien, debe tenerse presente que estas teorías no son absolutamente autónomas: así, por ejemplo, von Liszt junto a la previsibilidad, acepta que también son supuestos de culpa los de ignorancia evitable de un elemento esencial y, desde un punto de vista material, estima que la culpa consiste en que el autor no ha reconocido, a pesar de que era posible para él, la significación antisocial de su acto, a causa de su indiferencia frente a las exigencias de la vida social.

Las teorías psicológicas se corresponden con un concepto causal del delito, en el que el delito era causalidad y desvalor del resultado, sin que por tanto existan diferencias entre el tipo del delito doloso y el tipo del delito culposo. Las diferencias aparecerían y se examinaban en la culpabilidad, que es donde se mostraba la unión entre el autor y el hecho. Esta culpabilidad estará formada por el dolo o la culpa<sup>14</sup>.

## 1.2 Teorías normativas

El paso de la concepción psicológica a la concepción normativa de la culpabilidad<sup>15</sup> propiciará teorías normativas sobre la imprudencia y permi-

---

<sup>10</sup> Almendingen, *Untersuchungen über das Kulposen Verbrechen*, 1904; Löffler, *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung*, I, 1895. Véase también Carrara, *Programa del Curso de Derecho criminal*, trad. por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia con adiciones de Jiménez de Asúa, 1925, § 81, p. 142 y ss.

<sup>11</sup> Köstlin, *System des deutschen Strafrechts*, AT, 1855. Merkel, A., *Derecho penal*, I, [trad. P. Dorado], Madrid, s/f, p. 124 y ss.

<sup>12</sup> Engisch, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930.

<sup>13</sup> Von Liszt, *Tratado de Derecho penal*, II, trad. Jiménez de Asúa, s. f., p. 430.

<sup>14</sup> El problema será encontrar ese enlace psicológico en el caso de la culpa inconsciente, dado que en esta no es fácil afirmar una culpabilidad basada en la voluntad.

<sup>15</sup> Paso dado inicialmente por Frank (*Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907; y *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18<sup>a</sup>, 1931), Goldschmidt («Der Notstand ein Schuldproblem», 1913; y «Normativer Schuld begriff», *Festgabe für Reinhard Frank*, I, 1930) y Freudenthal (*Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*, 1922).

tirá que, con el finalismo<sup>16</sup>, la imprudencia deje su sitio en la culpabilidad y se traslade al tipo. Desde luego, a partir de entonces, ya no se explicará la naturaleza de la imprudencia sino desde puntos de vista estrictamente normativos.

Ahora bien, ha de indicarse que, aunque se produce el paso de la concepción psicológica a la normativa, sin embargo, la configuración de la imprudencia como infracción de la norma de cuidado también se va a mantener con concepciones puramente causalistas. Para estas teorías causales, la infracción del deber de cuidado que, para unos, debe ser subjetiva mientras que para otros es de carácter objetivo-subjetiva, ha de ser examinada en la culpabilidad, pues, es aquí donde se toman en consideración las circunstancias especiales que concurren en el sujeto.

Dentro del causalismo (aunque normativista) existen muy diversas teorías para explicar la naturaleza de la imprudencia. Así, de entre ellas, podemos citar la que explica la imprudencia como un delito omisivo, es decir, como la omisión de la debida diligencia o la omisión del cuidado necesario<sup>17</sup>. En este sentido, Graf zu Dohna<sup>18</sup>, pues, considera que el delito imprudente es una omisión.

## 2. LA CULPA (O IMPRUDENCIA) PERTENECIENTE AL TIPO

El paso siguiente consiste en considerar que la imprudencia, que se configura como la infracción del deber de cuidado, pertenece al tipo (no a la culpabilidad).

En la actualidad, la doctrina mayoritaria incluye la infracción del deber de cuidado en el tipo, considerando que la esencia del desvalor de la acción imprudente se encuentra en la infracción del deber de cuidado. No obstante, a partir de aquí existen importantes diferencias doctrinales. Podemos señalar tres grandes corrientes. Una parte de la doctrina considera que

---

<sup>16</sup> No obstante, téngase en cuenta que los finalistas no defendieron exactamente un concepto normativo de la culpabilidad, pues, junto a elementos normativos aceptaban otros elementos, como la imputabilidad, que no son de carácter normativo.

<sup>17</sup> Esta posición la encontramos ya en Carrara (*Programa...*, cit., § 80) que precisamente define la culpa como «la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho»; si bien, más adelante Carrara proporciona otras definiciones de la culpa en sentido activo y no omisivo y, por tal razón, advierte que «los actos culposos no deben identificarse con los actos negativos». Esto no significa que se deba considerar a Carrara normativista. Al contrario, Carrara debe ser considerado psicólogo, dado que considera la culpa como un vicio de la inteligencia y un vicio de la voluntad (*Programa...*, cit., § 81).

<sup>18</sup> Graf zu Dohna, «Zur Systematik der Lehre vom Verbrechen», *ZStW*, 27, p. 320 y ss.

junto a un deber de cuidado objetivo existe un deber de cuidado subjetivo y que mientras aquel pertenece al tipo este se incluye en la culpabilidad, o bien, conforma el tipo subjetivo. Por el contrario, otra parte de la doctrina considera que tanto el deber objetivo como el deber subjetivo de cuidado deben ser examinados en el tipo. Por último, también debe recordarse que algunos autores prescinden del criterio de la infracción del deber de cuidado<sup>19</sup>.

## V. TIPICIDAD

### 1. TIPO OBJETIVO

El tipo objetivo del delito imprudente es idéntico al del delito doloso. Por consiguiente, ha de concurrir una acción y un resultado; y ambos han de estar unidos por una relación de imputación objetiva. Así, pues, el tipo del delito imprudente supone un resultado que es la concreción de una acción, que supera el límite del riesgo permitido.

Por consiguiente, el tipo objetivo se configura con la realización de una acción jurídicamente desaprobada, que por ello supera el límite del riesgo permitido, y con la imputación objetiva del resultado.

#### 1.1 La acción

La acción ha de superar el límite del riesgo permitido, pues en otro caso no cabrá la imputación objetiva del resultado. La acción ha de crear un peligro.

Ha de tratarse de una acción evitable. El derecho penal no castiga acciones inevitables.

Por ello, para Jakobs<sup>20</sup> «una acción imprudente no es ilícita porque sea conocido el desarrollo del tipo (el conocimiento únicamente transforma la imprudencia en dolo), sino porque el desarrollo del tipo sea evitable», por lo que concluye<sup>21</sup> que «la imprudencia es aquella forma de evitabilidad en la que falta el conocimiento actual de lo que ha de evitarse». De ahí, que defienda<sup>22</sup> que «solamente es penalmente relevante la previsibilidad de un

<sup>19</sup> Con más detalle en López Barja de Quiroga, *Tratado...*, cit., 2010, págs. 519 y ss.

<sup>20</sup> Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1993, 9/2, pág. 316.

<sup>21</sup> Jakobs, *Strafrecht ...*, cit., 9/4, pág. 317.

<sup>22</sup> Jakobs, *Strafrecht ...*, cit., 9/7, pág. 319.

riesgo que supera el límite del riesgo permitido y que, además, es objetivamente imputable». En otras palabras, Jakobs centra la acción imprudente en la previsibilidad evitable.

Así pues, para esta formulación, el sujeto tiene que tener capacidad de acción, esto es, la posibilidad de evitar la acción que realiza; y la previsibilidad hace referencia a la capacidad objetiva de reconocer el peligro. De manera que el sujeto al actuar debe tener la posibilidad de no realizar la acción (evitabilidad), que es objetivamente generadora de un peligro (previsibilidad). Se trata, pues, de la evitabilidad individual; así, Pérez del Valle<sup>23</sup> considera que «el reconocimiento de la evitabilidad individual como elemento del tipo penal presupone, en cierto modo, la introducción de argumentos paralelos, a los del dolo: el dolo es siempre una forma de evitabilidad individual porque al autor doloso se le imputa la responsabilidad por el riesgo no evitado cuando conoce su existencia»<sup>24</sup>. También Corcoy Bidasolo<sup>25</sup> centra el delito imprudente en la previsibilidad y la evitabilidad, aunque al tiempo maneja el deber objetivo y el deber subjetivo de cuidado.

## **1.2 La imputación del resultado**

La acción peligrosa debe producir un resultado, que ha de poder ser imputado a dicha acción. En otras palabras, el resultado debe ser imputado a la acción del sujeto.

Al respecto se aplicará sin ninguna especialidad la teoría de la imputación objetiva<sup>26</sup>. Por lo tanto, en primer lugar entre acción y resultado debe existir una relación de causalidad natural; aunque desde luego, esto no es suficiente.

Seguidamente habrá de examinarse la cuestión en un doble nivel. Primero, si la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado; y, segundo, si el resultado es la concreción del peligro generado por la acción. Al respecto rigen todos los parámetros que se tratan al estudiar esta cuestión en relación con el delito doloso<sup>27</sup>. No obstante, aquí nos referiremos a algunas cuestiones concretas.

---

<sup>23</sup> Pérez del Valle, *La imprudencia en el derecho penal. El tipo subjetivo del delito imprudente*, 2012, págs. 123 y ss.

<sup>24</sup> Pérez del Valle, *La imprudencia...*, cit., pág. 126.

<sup>25</sup> Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 1989, págs. 225 y ss.

<sup>26</sup> Véase al respecto, Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente...*, cit., págs. 291 y ss.

<sup>27</sup> Al respecto, véase López Barja de Quiroga, *Tratado...*, cit., págs. 432 y ss.

### 1.3 La teoría de la imputación objetiva

#### 1.3.1 La creación de un riesgo

Conforme a la doctrina de la imputación objetiva lo primero que debe ser examinado es la creación de un peligro jurídicamente desaprobado, esto es, que supere el límite del riesgo permitido.

##### 1.3.1.1 El límite del riesgo permitido

El peligro creado ha de superar el límite del riesgo permitido, pues así se podrá considerar jurídicamente desaprobado. En otras palabras, la acción ha de ser jurídicamente desaprobada; esto implica que tal acción ha de crear un peligro que supere el límite del riesgo permitido; y, para saber cuándo se ha superado dicho límite, la circunstancia más importante supone examinar si tal acción constituye una infracción del deber de cuidado. Es decir, comparar el límite de riesgo que permite la norma de cuidado con el riesgo creado por la acción realizada por el autor. Esto supone una comparación de riesgos y estos dependen de las acciones realizadas o debido realizar.

La tipicidad exige comparar la acción realizada con la que le era exigible en la situación concreta; y, para llevar a cabo tal comparación podemos tomar en consideración un baremo general o un baremo individualizado.

Aquí se encuentra una de las cuestiones más polémicas en relación a los elementos del delito imprudente: la infracción del deber de cuidado<sup>28</sup>.

En la actualidad, una parte de la doctrina, como Jakobs o Roxin, no considera ni necesario ni conveniente este elemento. Jakobs<sup>29</sup> se refiere a la «supuesta existencia de un deber de cuidado o de una infracción de cuidado»; añade que lo que al respecto suele mantenerse es falso desde la lógica de la norma (*normlogisch falsch*), pues se afirma que el delito imprudente consiste en la omisión del cuidado debido, lo que conduce a interpretar el delito imprudente como un delito de omisión; cuando lo cierto es que el delito imprudente no es que al autor se le impute el haber omitido algo, sino que lo que se le reprocha es haber generado un peligro. En otras palabras, se le desvalora el no haber omitido una acción descuidada<sup>30</sup>. Y,

<sup>28</sup> Véase, al respecto, Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente ...*, cit., págs. 43 y ss.

<sup>29</sup> Jakobs, *Strafrecht AT*, 9/2, pág. 319.

<sup>30</sup> «Der Täter hat beim Begehungsdelikt nicht sorgfältig zu handeln, sondern unsorgfältiges Handeln zu lassen». En ese sentido, ya Jakobs, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, págs. 67 y ss.

seguidamente, expone el conocido ejemplo de las cerillas: no se prescribe manejar las cerillas con cuidado, sino que lo que se prohíbe es el manejo descuidado; no existe el deber de manejar.

Por ello, Roxin<sup>31</sup> señala que no se pueden separar (como sucede con frecuencia) «la infracción del deber de cuidado y la imputación del resultado, porque los presupuestos de la imputación son idénticos a los de la infracción del deber de cuidado». A lo que añade que lo mismo sucede con los elementos de la «previsibilidad (o cognoscibilidad o advertibilidad) y la evitabilidad». «Cuando un resultado no era previsible, o bien falta ya (...) la creación de un peligro jurídicamente relevante, o bien falta la realización del peligro creado». De ahí que concluya que «para constatar la realización imprudente de un tipo no se precisa de criterios que se extiendan más allá de la teoría de la imputación objetiva»<sup>32</sup>.

Volviendo a retomar lo que decíamos anteriormente, en el examen de la creación del peligro es preciso analizar qué se trata de un riesgo que supera el límite de lo permitido; como dijimos, aquí se tomarán en cuenta las distintas cuestiones que se han desarrollado por la doctrina en relación con el denominado deber de cuidado. No porque esta sea la única clave, sino porque nos dará o proporcionará los datos precisos (aunque en ocasiones no será suficiente) para determinar que el peligro está jurídicamente desaprobado.

Al respecto, necesariamente debemos realizar una comparación con un baremo, para que de esta comparación podamos decidir si el peligro era reconocible, esto es, previsible y si la acción era evitable. El deber de cuidado exige en primer lugar la obligación de advertir el peligro; el sujeto ha de reconocer el peligro. En el tipo subjetivo concretaremos el conocimiento con el que ha de obrar.

Aquí van a polemizar en la doctrina distintos puntos de vista, en función de que se siga el baremo del hombre medio o el baremo individualizado; es decir, teniendo en cuenta las capacidades y los conocimientos especiales que tenga la persona en concreto.

El baremo general nos dirá cuál hubiera sido la conducta de un hombre consciente y prudente. De manera que si observamos el baremo del hombre medio, no existirá infracción del deber de cuidado cuando la acción realizada fuera la que dicho hombre medio cuidadoso y prudente hubiera realizado.

El baremo individualizado no toma en cuenta un hipotético hombre, sino el hombre que en concreto ha realizado la acción y, para ello toma en

---

<sup>31</sup> Roxin, *Derecho penal*, pág. 1000.

<sup>32</sup> Roxin, *Derecho ...*, cit., pág. 1001.

cuenta sus capacidades y conocimientos especiales, a los efectos de poder resolver si para él la acción era previsible y evitable. Si seguimos el criterio individualizado, consideraremos que se infringe el deber de cuidado cuando la persona en concreto ha realizado la acción, sin poner el cuidado que sus capacidades y/o sus conocimientos especiales le permitían. Y, por consiguiente, no infringe el deber de cuidado aquella persona que en la realización de la acción utiliza sus capacidades y/o conocimientos especiales, aunque aún así, y a pesar de ello, tales capacidades y/o conocimientos especiales no le permitían haber previsto el peligro y, por consiguiente, haber evitado la realización de la acción.

El problema que aquí se plantea es el relativo a aquellos casos en los que las capacidades y los conocimientos del hombre concreto son menores o mayores que los del hombre medio.

En relación con un hombre con menores capacidades que el baremo del hombre medio, ha de afirmarse que no sería típica su acción. Esta afirmación no es pacífica en la doctrina. Así, una parte de la doctrina<sup>33</sup> considera que, en estos casos, el hecho sería típico sin perjuicio de que esa incapacidad sea examinada en la culpabilidad, lo que se tendría en cuenta en el momento de la individualización de la pena, para atenuarla o excluirla. Al respecto, Roxin<sup>34</sup> señala que «la creación de peligro no permitido y el nexo o conexión con el fin de protección deben haber podido ser advertidos subjetivamente por él y el resultado debe haber sido evitable para él»; salvo que para él no fuera reconocible, sin embargo, al menos, tuviera la simple capacidad para reconocer o, también, en aquellos casos en los que su incapacidad o ausencia de conocimientos para realizar la acción fueran consecuencia de su incapacidad individual, en cuyo caso podría ser un supuesto denominado de imprudencia por emprendimiento o asunción.

En cuanto al hombre con capacidades superiores o conocimientos especiales que no tiene el hombre medio, la cuestión es si se le debe exigir más que al hombre medio. Los que defienden el baremo del hombre medio no exigirán más; por el contrario, los que defienden el baremo individualizado le exigirán que hubiera actuado conforme a sus conocimientos o capacidades. Jakobs considera que es preciso tener en cuenta el rol del sujeto, de manera que en función de dicho rol se le exigirán unos u otros conocimientos. En otras palabras, se utilizará uno u otro baremo. Si un médico está en su trabajo debe atender a sus pacientes conforme al rol que está desempeñando y el baremo será el propio de un médico en tales

---

<sup>33</sup> Roxin, *Derecho ...*, cit., págs. 1015, 1016 y 1037.

<sup>34</sup> Roxin, *Derecho ...*, cit., pág. 1037.



circunstancias. Por el contrario, si el médico va paseando por la calle y se encuentra con un enfermo, su rol en ese momento es el de paseante y debe aplicarse el baremo del hombre medio (que no tiene conocimiento alguno de medicina).

A nuestro juicio, debe en todo caso seguirse un criterio individualizado; es decir, deberán tomarse en consideración las especiales capacidades que el sujeto tiene o los conocimientos especiales que posea. Si una persona se está ahogando por tener un objeto en la tráquea, seguramente el hombre medio se encontrará con dificultades para saber qué hacer, incluso cuando ha realizado sin experiencia alguna la maniobra de apretar el esternón; pero un médico cirujano seguro que, con un bolígrafo, sabe perfectamente realizar una traqueotomía. ¿Es correcto comparar en el caso concreto al médico con el baremo del hombre medio, aunque el médico se encuentre en el rol de comensal en el restaurante?

Al respecto ha de tenerse en cuenta que, en muchos ámbitos de la vida, se encuentra regulado cómo deben desarrollarse las acciones en ese campo. Se trata de establecer unas normas de comportamiento para que las personas puedan orientarse en la sociedad. La norma de cuidado (que establece el límite del riesgo permitido) puede estar establecida en muy diversos lugares, a los que habrá que acudir para su examen. De manera que puede encontrarse en la ley (Ley de seguridad vial, Ley de prevención de riesgos laborales), en un reglamento (Reglamento de circulación –en relación con determinadas cuestiones–, Reglamento para la prevención del blanqueo de capitales, etc.), en disposiciones particulares (que existan en la empresa sobre el manejo de determinada maquinaria, etc.) o bien en «normas» basadas en la costumbre (esto es, la experiencia determina ciertas normas de cuidado y conforma lo que se denomina la *lex artis*). Por ejemplo, en el ámbito de la circulación, la Ley de seguridad vial o el Reglamento de circulación; en el ámbito de la edificación, existen numerosas normas técnicas que prescriben cómo debe construirse; igualmente, en el ámbito del manejo de sustancias inflamables, etc. Y, en aquellos campos en los que no existen tales normas, habrá de acudirse a la *lex artis*.

Por tanto, cabe decir que las normas de cuidado generalmente se encuentran predeterminadas. De ser así, deberá acudirse a ellas, aunque su infracción no necesariamente implicará ya la existencia del delito imprudente, pues será preciso examinar si efectivamente en el caso concreto tal infracción ha generado un peligro y el resultado es la concreción de dicho peligro. Si no fuere así, la infracción del deber de cuidado es, al menos a efectos penales, absolutamente irrelevante.

En términos generales cabe decir que la jurisprudencia tiene en cuenta las circunstancias personales del autor. E igualmente, en relación con la llamada imprudencia profesional (art. 142.3 del Código Penal), la cual es simplemente el delito imprudente cometido por un profesional en la realización de un acto propio de dicha profesión, cuya acción supone la generación de un riesgo jurídicamente desaprobado, por cuanto infringe los deberes técnicos que vienen impuestos al desarrollar dicha actividad profesional.

Por ello, aceptando la posición del baremo individualizado, la infracción del deber de cuidado hace referencia tanto a la previsibilidad general como a la previsibilidad individual. Además, la acción realizada por la persona debe ser examinada tanto con relación al baremo general como en relación con la evitabilidad individual, teniendo en cuenta la determinación individual del deber de cuidado; esto es, las capacidades y los conocimientos especiales que posee la persona en concreto. En definitiva, el examen requiere un análisis de la posible infracción del deber objetivo de cuidado y seguidamente de la posible infracción del deber subjetivo de cuidado.

El sujeto debe poder orientarse en su vida en sociedad, en relación con la conducta que debe o puede realizar. Al respecto, el sujeto debe ajustar su comportamiento a lo que establece la norma de cuidado, que como dijimos, puede encontrarse establecida en la ley, un reglamento, disposiciones particulares o en la *lex artis*. Ahora bien, seguidamente hemos de preguntarnos qué ocurre cuando falta algún parámetro al que recurrir, por ejemplo, porque no estén formulados. En este caso, Roxin<sup>35</sup> considera que han de regir dos reglas o deberes: «de información y de omisión». En efecto, señala Roxin que «quien se dispone a realizar una conducta cuyo riesgo para bienes jurídicopenalmente protegidos no puede valorar, debe informarse; si no es posible o parece que no servirá para nada informarse, se debe abstener de la conducta». Y, en cuanto a la imprudencia por asunción o emprendimiento, indica que «quien pretende emprender algo que probablemente ponga en peligro bienes jurídicos y no es capaz de hacer frente a los peligros, debido a insuficiencias físicas o por falta de práctica o de habilidad, debe omitir la conducta». De forma resumida dice: «quien no sabe algo, debe informarse; quien no puede hacer algo, debe dejarlo».

Conforme a ello, en todos los casos (esto es, exista o no norma objetiva de cuidado), el sujeto debe saber que lo que va a realizar es capaz de hacerlo manteniendo controlados los riesgos que pueda generar. Para ello, es

---

<sup>35</sup> Roxin, *Derecho ...*, cit., págs. 1009-1010.

preciso tener en cuenta las capacidades y los conocimientos individuales, pues, puede que él no sea capaz aunque existan otras personas que sí sean capaces de realizar dicha acción. Antes de realizar la acción de la que es capaz debe informarse bien de los riesgos que entraña y de las medidas de control que va a tomar.

No obstante, esto no significa que no pueda actuarse realizando acciones peligrosas más allá de la *lex artis*. Pero, si tales acciones suponen la puesta en peligro de determinados bienes jurídicos, será preciso que el sujeto, después de una completa información al respecto, cuente con el consentimiento del titular del bien jurídico que va a ser puesto en peligro. Por ejemplo, el médico que ante el fracaso (o lo invasivo) del método de actuar conforme a la *lex artis* propone al enfermo un tratamiento (o una cirugía) experimental.

Así pues, ha de tenerse en cuenta que puede actuarse llevando a cabo acciones peligrosas, que vayan más allá de los límites del riesgo permitido. Pero, como dijimos, las acciones arriesgadas, en las cuales el control de los peligros no en todos los casos y circunstancias es posible que estén bajo dominio del actuante, siempre requieren una información completa y el consentimiento del titular del bien jurídico afectado.

### 1.3.1.2 Otras cuestiones en relación con la creación del riesgo

En la conducta peligrosa también ha de considerarse el principio de confianza, pues en aquellas actividades en las que intervienen diversas personas, para que el trabajo pueda llevarse a cabo, es preciso aceptar que exista una división funcional, en la que pueda confiarse en que los otros actuarán conforme al cuidado debido. No funciona cuando la confianza no está justificada objetivamente.

Y, como dijimos, es aplicable todo lo relativo a la doctrina de la imputación objetiva.

Por ello, han de considerarse los supuestos en los que la acción lo que produce es una disminución del riesgo, también han de tenerse en cuenta los supuestos de autopuesta en peligro, etc.

### 1.3.2 La realización del riesgo

Este análisis no genera especial problema cuando únicamente concurre un riesgo, pero se torna muy problemático cuando concurren varios ries-

gos; pues en este caso es preciso determinar cuál es el que se concreta en el resultado.

Aquí uno de los criterios que suele manejarse es el del comportamiento adecuado a la norma. El argumento es afirmar que, en aquellos casos en los que aunque el sujeto se hubiera comportado sin infringir el deber de cuidado, el resultado se hubiera producido igualmente, no cabe imputar el resultado. Sin embargo, esta argumentación no es correcta, pues se basa en una hipótesis frente a lo que realmente ha sucedido y al derecho penal lo que le interesa es lo que ha ocurrido; por ello, no tienen cabida los cursos causales hipotéticos<sup>36</sup>.

#### 1.4 Clases

Existen dos clasificaciones con relación a la imprudencia, por una parte, la que distingue grados de imprudencia: entre la grave y la leve (o entre grave y menos grave; o, entre grave y no grave); y, por otra parte la que diferencia entre la imprudencia consciente y la imprudencia inconsciente. La primera clasificación realiza una graduación de la imprudencia y hace referencia, según la teoría que se defienda, o al bien jurídico protegido puesto en peligro, o bien, a la importancia de la infracción del deber de cuidado. La segunda hace referencia al conocimiento del sujeto que realiza la acción. Por ello, ahora trataremos la primera clasificación, pues la segunda corresponde al tipo subjetivo.

En todo caso, ha de quedar claro que la gravedad de la imprudencia depende de la situación concreta en la que actúa la persona. Y, la mayor o menor gravedad será el resultado de comparar la acción u omisión realizada con la que debió realizar u omitir.

Para establecer esta clasificación podemos acudir a un criterio normativo (teoría normativista) o a un criterio subjetivista.

Conforme a la teoría normativista –en la que se prescinde de utilizar un criterio basado en la infracción del deber de cuidado– la imprudencia es *grave* cuando existe una enorme distancia entre la importancia del bien jurídico puesto en peligro y las medidas de control puestas en marcha para evitar su pérdida (medidas para la evitabilidad), esto es, la alta probabilidad de que se produzca la pérdida del bien jurídico; o, bien, la gran distancia entre la importancia del bien jurídico que la acción pone en peligro y la

---

<sup>36</sup> Jakobs, *Strafrecht ...*, cit., 7/74, pág. 223; Samson, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, 1972, *passim*.

alta probabilidad de que la acción produzca el resultado (previsibilidad), en función de las medidas tomadas para la evitabilidad. A lo que ha de añadirse la valoración social del riesgo, pues los niveles de riesgo varían según la aprobación social de la actividad de riesgo de que se trate. Se comparan las medidas para la evitabilidad y las que se debieron tomar, teniendo en cuenta la importancia del bien jurídico puesto en peligro.

Cuando la distancia entre ambas circunstancias (la importancia del bien jurídico y la previsibilidad de pérdida) no es tan lejana, entonces la imprudencia es *menos grave* (o *leve*).

La otra forma de establecer la diferencia entre la imprudencia grave y leve puede realizarse de acuerdo con un criterio subjetivista, en cuyo caso la diferencia incide, como indicamos, en la mayor o menor distancia entre la acción o la omisión que imponía la norma de cuidado y la acción o la omisión que se realizó. En otras palabras, comparando la acción (u omisión) realizada con aquella acción (u omisión) que debió realizarse con arreglo a la norma de cuidado.

También manejando un criterio subjetivista puede acudir a una distinción más antigua, basada, simplemente, en la mayor o menor gravedad de la infracción del deber de cuidado. Así, en este último sentido, suele afirmarse que la imprudencia es *grave* cuando el sujeto actúa con ausencia de los más elementales cuidados exigibles en el desarrollo de la actividad que ejercita; es la omisión del deber de cuidado exigible a las personas menos cuidadosas; los supuestos más reprochables de la infracción de las normas de cuidado; dejar de prestar la atención indispensable o elemental; la mayor o menor falta de diligencia en la actividad que se ejercita. La imprudencia es *leve* cuando se omite ligeramente la atención debida; cuando se omite la diligencia debida que se espera de una persona medianamente precavida, pero no existe una intensa falta de cuidado.

En contra, Pérez del Valle<sup>37</sup> considera que algunos de los criterios que hemos señalado deben ser descartados. A su juicio, «ni la “norma de cuidado” infringida, ni el “resultado” en el que se comprende el bien jurídico protegido, pueden determinar la gravedad de la imprudencia». Para Pérez del Valle la imprudencia es grave «cuando, para el autor, la adquisición del conocimiento concreto de los factores de riesgo es fácilmente accesible y la orientación —en algunos casos la reorientación— de su comportamiento como inocuo para los intereses en riesgo resulta viable»<sup>38</sup>. En otras palabras, en la mayor facilidad (*grave*) para conocer el riesgo; o la dificultad

<sup>37</sup> Pérez del Valle, *La imprudencia...*, cit., págs. 182 y ss.

<sup>38</sup> Pérez del Valle, *La imprudencia...*, cit., pág. 183.

(menos grave o leve) para conocerlo. Por consiguiente, la distinción no se realiza en el tipo objetivo, sino en el tipo subjetivo.

## 1.5 El resultado

Se discute en la doctrina cuál es la naturaleza jurídica del resultado en los delitos imprudentes: si se trata de una condición objetiva de punibilidad o, por el contrario, es un elemento del delito. A nuestro juicio, el resultado en los delitos imprudentes no constituye una condición objetiva de punibilidad<sup>39</sup>, sino que se trata de uno de los elementos del delito.

Junto al desvalor de acción ha de reconocerse un desvalor de resultado, pues el sujeto con su acción peligrosa ha producido un resultado socialmente dañoso, que era evitable. El delito imprudente se configura como la imputación de resultados evitables.

El delito imprudente no cabe sin la existencia de un resultado, de ahí que no quepa la tentativa.

Ahora bien, si el resultado es un elemento del delito imprudente, habrá que afirmar la tentativa cuando no llegara a producirse. Lo que ocurre es que por razones de política criminal se considera que las imprudencias sin resultado no deben ser punibles. Ya se ocupa el legislador de castigar aquellas que considera adecuadas mediante el recurso al delito de peligro, aunque con ello no pretendemos conformar el delito imprudente como un delito de peligro abstracto<sup>40</sup>, pues esta solución no está exenta de crítica; así, acertadamente, Bacigalupo<sup>41</sup> señala «qué significa haber tenido cuidado respecto de un bien jurídico que la acción no ha puesto en peligro?», y por ello añade, «¿tiene algún sentido (...) hacer depender la tipicidad de que el autor de una acción que no ha puesto en absoluto en peligro el bien jurídico haya tomado medidas de cuidado para que aquella no cree un peligro real o lesione el bien jurídico?». Así pues, a nuestro juicio, es perfectamente posible, desde un punto de vista teórico, la tentativa imprudente, dado que como indica de forma muy expresiva Jakobs<sup>42</sup>, «lo que se puede

<sup>39</sup> En defensa de esta tesis Armin Kaufmann, «Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf», *ZStW* 80 (1968), págs. 34 y ss., esp. p. 50-51; y Armin Kaufmann, «Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht», *Welzel-Festschrift*, 1974, págs. 393 y ss. También Zielinski, *Handlungs- und Erfolgswert in Unrechtsbegriff*, 1973, págs. 118.

<sup>40</sup> Esta es la posición de Horn, E., *Konkrete Gefährungsdelikte*, 1973, págs. 22 y ss.; pues a su juicio el delito de peligro abstracto es un delito imprudente al que no se le exige la lesión del bien jurídico.

<sup>41</sup> Bacigalupo, *Principios de derecho penal. Parte general*, 5ª ed., 1998, pág. 159.

<sup>42</sup> Jakobs, *Strafrecht ...*, cit., § 25, nº 28, pág. 717.

completar, también puede ser iniciado, y lo que puede ser completado con éxito, [también] puede llevarse a cabo sin éxito».

Piénsese en los supuestos de error (como ya hiciera Binding<sup>43</sup>): un cazador, creyendo que se trata de una liebre, dispara hiriendo a otro cazador; o bien no le alcanza por muy poco. Si se produce la muerte, se afirma el delito de homicidio imprudente; si no se produce la muerte, se recurre a afirmar lesiones imprudentes; y si no se alcanza al otro cazador, la acción no es relevante para el derecho penal. ¿Por qué lesiones imprudentes y no tentativa de homicidio imprudente?

No obstante, el art. 16 –que es en donde el Código Penal realiza una extensión de los tipos penales y, por ello, la punibilidad abarca la tentativa–, está redactado para referirse únicamente al delito doloso; pues, expresamente, la define como la no producción del delito «por causas independientes de la voluntad del autor»; en otras palabras, la voluntad del autor era cometer el delito; luego solo es punible la tentativa en los delitos dolosos.

## 2. TIPO SUBJETIVO

Como ya adelantamos, no es pacífica la doctrina en relación con la existencia o no de un tipo subjetivo en el delito imprudente<sup>44</sup>. Nosotros<sup>45</sup> consideramos acertado distinguir, tanto en el delito doloso como en el imprudente, junto al tipo objetivo, el tipo subjetivo.

El tipo subjetivo del delito imprudente se refiere al conocimiento del autor; por consiguiente, es el desconocimiento (el no conocimiento) individualmente evitable del peligro concreto. Esto implica la posibilidad individual de conocer tanto el peligro generado por la acción (y evitarla), como la posibilidad del resultado (reconoscibilidad del resultado). Esto es, conocimiento del peligro y conocimiento de la posibilidad del resultado.

---

<sup>43</sup> Binding, *Die Normen*, IV, págs. 497 y ss.

<sup>44</sup> Defendiendo la formulación del tipo subjetivo en el delito imprudente, véase, Struensee, «Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts», *Juristenzeitung*, 42 (1987), págs. 53 y ss. También Pérez del Valle, *La imprudencia...*, cit., págs. 151 y ss.; asimismo, Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente...*, cit., págs. 225 y ss., quien, partiendo de la necesidad metodológica de distinguir entre tipo objetivo y tipo subjetivo, conforma este como la infracción del deber subjetivo de cuidado (pág. 145), que lo delimita con la previsibilidad y la evitabilidad.

<sup>45</sup> Así, ya en López Barja de Quiroga, «El delito imprudente», *Estudios sobre el nuevo Código Penal* (ed. Del Rosal Blasco), 1997, págs. 95-96.

La evitabilidad de la acción que lesiona el bien jurídico (también podríamos hablar de previsibilidad, pues solo es evitable si es previsible, incluso en la imprudencia inconsciente), implica que el conocimiento relativo tanto al peligro generado por la acción como a la posibilidad del resultado (reconoscibilidad del resultado) forman parte del tipo subjetivo.

El tipo subjetivo engloba los conocimientos que debe tener el autor y, al respecto, suele distinguirse entre la imprudencia consciente y la imprudencia inconsciente.

La denominada imprudencia consciente (o con previsión) supone o exige que el autor se hubiera representado el posible resultado. Mientras que la imprudencia inconsciente (o sin previsión) supone que el autor no se ha representado el resultado. En este caso, la cuestión se centra en que se desvalora el no haber reconocido el peligro; o, dicho de otra manera, la desvalorización de la acción se realiza por cuanto el autor infringe el deber de advertir el riesgo que genera con su acción; o, en otra formulación, no haber advertido que su acción infringía una norma de cuidado exigible.

No debe pensarse que existe alguna correlación entre estas dos clases de imprudencia y su gravedad. Una imprudencia inconsciente puede ser más desvalorada (más reprochable) que una imprudencia consciente. Es más, en ocasiones la dificultad se encontrará en diferenciarla del dolo, conceptuado este como indiferencia, pues en ambos casos existe falta de conocimiento.

Así pues, en el tipo subjetivo examinaremos si el sujeto ha podido evitar el desconocimiento, esto es, el error, pues el autor no advierte la realización del tipo que va a tener lugar; el autor carece del conocimiento de lo que ha de evitarse<sup>46</sup>.

En esta línea, Pérez del Valle<sup>47</sup> considera que «el tipo subjetivo culposo es la forma de evitabilidad que corresponde al error, porque el tipo subjetivo, en tanto evitabilidad individual, está constituido por la infracción de un deber individual de evitación».

## VI. ANTIJURIDICIDAD

No hay razón alguna que impida reconocer la eficacia de las causas de justificación en el ámbito de los delitos imprudentes. También se indica por la doctrina, aunque existe cierta polémica al respecto, que no es necesario

---

<sup>46</sup> Jakobs, *Strafrecht...*, cit., 9/1, págs. 315-316.

<sup>47</sup> Pérez del Valle, *La imprudencia...*, cit., pág. 151.



que concurren los elementos subjetivos de la causa de justificación. De manera que basta con la presencia de los elementos objetivos (la situación típica autorizante) para que la causa de justificación despliegue todos sus efectos.

Ahora bien, este argumento debería, para el punto de vista aquí adoptado, conjugarse con la necesidad del conocimiento de los presupuestos de la causa de justificación, dado que, a nuestro juicio, sí es preciso tal conocimiento. Por ejemplo: las infracciones de tráfico realizadas en estado de necesidad. Así el marido que, al trasladar a su cónyuge a un hospital porque está herida grave, se salta un stop colisionando con otro vehículo al que causa daños. Es preciso que el marido sepa que su cónyuge está enferma o herida de gravedad.

## VII. CULPABILIDAD

Si bien en el tipo objetivo examinamos la acción y la imputación del resultado, y en el tipo subjetivo el conocimiento del autor, en la culpabilidad analizaremos la capacidad individual del autor para evitar la acción peligrosa; esto es, la capacidad sobre la evitabilidad para la persona en concreto será el objeto de reproche en la culpabilidad. La capacidad individual es un problema de culpabilidad.

En efecto, la capacidad para evitar el resultado —en donde deben analizarse las capacidades especiales del sujeto— o para evitar la acción peligrosa ha de examinarse en la culpabilidad. Ahora bien —como hemos visto—, el baremo sobre la creación del peligro es un problema del tipo objetivo. Pero, la evitabilidad individual que se refiere a las capacidades de la persona en concreto, es un problema de la culpabilidad.

Así pues, insistimos en que el baremo general o el individual (tomando en cuenta las capacidades y conocimientos especiales que tenga el autor), es un problema del tipo objetivo. La capacidad individual para evitar la acción peligrosa es una cuestión de la culpabilidad.

Al igual que en el delito doloso, la culpabilidad en el delito imprudente exigirá capacidad de culpabilidad y el conocimiento de la antijuricidad. Es decir, el sujeto debe tener capacidad y haber podido conocer la norma que establece el deber objetivo de cuidado y, en su caso, no haber supuesto la existencia de una causa de justificación o de sus presupuestos.

Según Roxin<sup>48</sup> «para responder penalmente por delito imprudente, el sujeto debe no solo haber realizado un peligro no permitido que se encuen-

---

<sup>48</sup> Roxin, *Derecho...*, cit., pág. 1037.

tre dentro del ámbito de protección de la norma; además, la creación de peligro no permitido y el nexo o conexión con el fin de protección deben haber podido ser advertidos subjetivamente por él y el resultado debe haber sido evitable para él».

Ya hicimos referencia a las diferentes formulaciones de Roxin y de Jakobs. Pues, para Roxin, la reconocibilidad del peligro y su evitabilidad son un problema a resolver en la culpabilidad; mientras que para Jakobs la evitabilidad de la lesión del bien jurídico forma parte del tipo subjetivo.

## VIII. LA MAL LLAMADA COMPENSACIÓN DE CULPAS

En ocasiones se ha utilizado la denominada compensación de culpas<sup>49</sup> para disminuir la culpabilidad del autor de la acción imprudente. Tal planteamiento no podemos compartirlo, pues la culpa ajena no legitima la propia.

En el caso de que la víctima o un tercero realicen acciones que contribuyen con la del autor al resultado, la cuestión no es de compensación de culpas sino de concurrencia de causas. En otras palabras, la cuestión es un problema de realización del riesgo, el cual deberá resolverse conforme a los criterios de la imputación objetiva<sup>50</sup>.

Por el contrario, Pérez del Valle<sup>51</sup> considera que es correcto degradar la imprudencia grave en leve en los casos de «compensación de culpas», pues «el comportamiento peligroso de la víctima constituye un factor del contexto que debe ser valorado como elemento que afecta a la evitabilidad individual», dado que «resulta individualmente menos evitable el riesgo cuando la víctima se ha comportado de forma imprudente». No obstante, acepta que no existe una compensación en sentido estricto, pero «debe reconocerse que el comportamiento peligroso de la víctima puede disminuir sensiblemente la evitabilidad individual»; añade que se trata de «un elemento que el autor no controla y no puede controlar y, por tanto, hace la realización del tipo menos evitable».

<sup>49</sup> Véase al respecto, Antón Oneca, *Derecho penal*, 2ª ed. puesta al día por Hernández Guijarro y Beneytez Merino, 1986, págs. 254-255; Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*, V, 3ª ed., 1976, págs. 1085 y ss.; manteniendo una postura no demasiado clara, Quintano Ripollés, *Derecho penal de la culpa*, 1958, págs. 320 y ss., no obstante, en la pág. 324 mantiene ambas soluciones: la causal y la de degradar la culpa.

<sup>50</sup> Véase al respecto, entre otros, López Barja de Quiroga, *Tratado...*, cit., págs. 432 y ss.

<sup>51</sup> Pérez del Valle, *La imprudencia...*, cit., pág. 186.

## IX. AUTORÍA

Se mantiene un concepto unitario de autor. No es posible la participación. Si varias personas realizan conjuntamente una acción arriesgada, cada una de ellas será autor imprudente. En el delito imprudente no es concebible una decisión común dirigida a realizar el tipo.

Solo sería admisible una autoría accesoria imprudente que, evidentemente, conduce a la autoría individual.

## X. ITER CRIMINIS

El delito imprudente requiere necesariamente la presencia de resultado, de manera que no es posible una tentativa. Siempre se tratará de un delito consumado. Al respecto nos remitimos a lo que dijimos con anterioridad.



# EL DELITO DE PREVARICACIÓN DE AUTORIDADES Y FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Rafael José Gisbert Casasempere  
*Alferez Auditor (RV)*

## SUMARIO:

1.- Introducción. 2.- Planteamiento. 3.- El bien jurídico protegido y el principio «ne bis in ídem». 3.1. El bien jurídico protegido en el delito de prevaricación. 3.2. Ilícito penal e ilícito administrativo. Principio «Ne bis in ídem». 4.- Concepto de autoridad y funcionario público. 4.1. La noción de autoridad y funcionario público en el derecho penal. 4.2. Supuestos especiales de la condición de funcionario. Los Colegios Profesionales. 5.- Tipo Objetivo. 5.1. Concepto de resolución. 5.2. Concepto de los términos injusticia y arbitraria en la resolución. 5.2.1. La jurisprudencia. 5.2.2. La doctrina. 6.- Tipo Subjetivo. 7.- Formas de aparición del delito. 7.1. Autoría y participación. 7.2. Concurso de delitos. 8.- Consecuencias jurídicas del delito. Penalidad y Responsabilidad civil. 8.1. Penalidad. 8.2. Responsabilidad civil. 8.2.1. Regulación y naturaleza. 8.2.2. La posición subsidiaria de la Administración. 9.- Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

El capítulo I del título XIX del Código Penal de 1995 contiene bajo el nombre «De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos» una pluralidad de tipos delictivos que en opinión de (Muñoz Conde 2010, p. 990) tienen una difícil reducción a un denominador común. El mismo significado lingüístico de prevaricación es excesivamente vago, por cuanto solo indica un quebrantamiento voluntario de las obligaciones contraídas que, en el fondo, se da en todos los delitos de

funcionarios públicos. El concepto de prevaricación es aplicable específicamente al delito previsto en el art. 404,<sup>1</sup> mientras que los tipificados en los arts. 405 y 406<sup>2</sup> vienen referidos a determinados comportamientos en relación con el nombramiento ilegal de personas para un cargo público o con la aceptación de ese cargo.

El presente trabajo se dedica exclusivamente al estudio del delito de prevaricación contemplado en el artículo 404 del Código Penal.

Este precepto constituye el tipo básico de otros delitos de prevaricación que se remiten al propio art. 404, pero que castigan además con la pena de prisión o la de multa la prevaricación cometida por el funcionario en determinados ámbitos como la ordenación del territorio,<sup>3</sup> la conservación del patrimonio artístico,<sup>4</sup> y la protección del medio ambiente.<sup>5</sup> La redacción de estos preceptos no coincide literalmente con la del art. 404 (por ej. se utiliza en

---

<sup>1</sup> Art. 404: A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de nueve a quince años. La pena establecida, es conforme con la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>2</sup> Art. 405: A la autoridad o funcionario que, en el ejercicio de su competencia y a sabiendas de su ilegalidad, propusiere, nombrare o diere posesión para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurran los requisitos legalmente establecidos para ello, se le castigará con las penas de multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años. La pena establecida, es conforme con la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Art. 406: La misma pena de multa se impondrá a la persona que acepte la propuesta, nombramiento o toma de posesión mencionada en el artículo anterior, sabiendo que carece de los requisitos legalmente exigibles.

<sup>3</sup> Art. 320: 1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanísticas vigentes, o que con motivos de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de un año y seis meses a cuatro años y la de multa de doce a veinticuatro meses.

<sup>4</sup> Art. 322: La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos será castigado además de con la pena establecida en el artículo 404 de este Código con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses.

<sup>5</sup> Art. 329: La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes que se refieren los artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones hubiere silenciado la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen, o que hubiere omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio, será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a tres años y la de multa de ocho a veinticuatro meses.

ellos la expresión «contraria a las normas urbanísticas» o «manifiestamente ilegales»), mientras que en el art. 404 se emplea la de «resolución arbitraria», pero, salvo en el marco penal constituyen el mismo delito. No sucede lo mismo con la *prevaricación judicial* que, como delito contra la Administración de Justicia, se tipifica en el título XX y que tampoco es objeto de este estudio.

## 2. PLANTEAMIENTO

La prevaricación administrativa, es un delito elaborado en los últimos años sobre todo a partir de una concepción democrática del poder, en el que este pasa a ser controlado judicialmente en sus desviaciones y excesos, llegándose a la exigencia de responsabilidad penal cuando en el ejercicio de ese poder se produce una aplicación torcida del derecho, que es, en definitiva, el núcleo de la prevaricación. La desviación de poder y la corrupción política y administrativa no solo no son consustanciales a la democracia, sino incompatibles con ella y con un control democrático de los actos administrativos. Los principios de igualdad de oportunidades, de participación ciudadana en el control del poder y, sobre todo, en lo que a la prevaricación afecta, de imparcialidad y corrección en la actuación administrativa son básicos en el Estado de derecho.

Nuestra Constitución proclama en su artículo 103.1 que «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho».

Cuando dichos principios y derechos fundamentales no solo no se respetan, sino que además se infringen gravemente es cuando se recurre al medio sancionatorio más contundente de cuantos dispone el ordenamiento jurídico, el derecho penal. También aquí el derecho penal se rige por el principio de intervención mínima, debiendo reservarse solo para aquellos casos en los que la actuación administrativa constituye una infracción grave de los principios básicos de la Administración Pública, y no una simple ilegalidad o actuación antijurídica que puede ser corregida con otro tipo de instrumento jurídico, como puede ser la exigencia de responsabilidad disciplinaria al funcionario en el marco del derecho administrativo sancionador.

El delito de prevaricación, como establecen las SSTs, 04.12.2003 y 28.03.2006, tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho,

frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal.

No se trata de sustituir a la jurisdicción contencioso-administrativa, en su labor de control de la actuación de la Administración Pública, por la jurisdicción penal a través del delito de prevaricación, sino de sancionar supuestos límite, en los que la actuación administrativa no solo es ilegal, sino además injusta y arbitraria.

La sentencia de fecha 17 de febrero de 2012 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 3 de los de Palma de Mallorca, con cita de la STS. 01.07.2009 que contiene un detallado análisis del delito de prevaricación, sistematiza los requisitos necesarios para la apreciación de la prevaricación administrativa y sobre los cuales versará el presente estudio, distinguiendo los siguientes:

1. Desde el punto de vista del sujeto activo, este debe ser una autoridad o un funcionario público debiendo acudir al art. 24 del Código Penal para encontrar la definición de dichas categorías.
2. El funcionario o autoridad debe haber dictado una resolución en asunto administrativo que, ante todo, se reputa no adecuada a derecho, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales en la génesis de la resolución, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder.
3. Resolución injusta. No es suficiente una ilegalidad administrativa para que pueda darse el delito de prevaricación, la injusticia a que se refiere al artículo 404 del Código Penal supone un plus de contradicción con la norma que es lo que justifica la intervención del derecho penal. La jurisprudencia de la Sala de lo Penal ha dicho reiteradamente que únicamente cabe reputar injusta una resolución administrativa, a efectos de incardinarla en el correspondiente delito de prevaricación, cuando la ilegalidad sea «evidente, patente, flagrante y clamorosa».

El artículo 404 del Código Penal ha puesto el acento en el dato, más objetivo y seguro del «ejercicio arbitrario del poder» proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución.<sup>6</sup> Se ejerce arbitrariamente el poder

---

<sup>6</sup> Art. 9.3 CE. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.



cuando la autoridad o funcionario dicta una resolución que no es efecto de la aplicación de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad convertida irrazonablemente en fuente de una norma particular. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o de un interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa.

4. Actuación del funcionario público o autoridad «a sabiendas» de la injusticia de la resolución que dicta. La expresión «a sabiendas» no solo elimina del tipo en cuestión la posible comisión culposa sino también la comisión con dolo eventual.

### 3. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. EL ILÍCITO PENAL Y ADMINISTRATIVO Y EL PRINCIPIO «NE BIS IN IDEM»

#### 3.1. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE PREVARICACIÓN

Como ya se ha comentado, nuestra Constitución prescribe en su artículo 9.3 la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y el cumplimiento de la observancia de este mandato corresponde, no solo a los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, sino también de la penal.

Las Administraciones Públicas están sometidas al principio de legalidad y a los fines que la justifican arts. 9.3 y 106 CE, a la ley y al derecho, a servir con objetividad los intereses generales (Art. 103.1 CE) y ese normal funcionamiento derivado de esos preceptos, es precisamente el bien jurídico protegido en el delito de prevaricación.

En Italia, según comenta (Catalán Sender 1999, p.43), la doctrina más cualificada entiende que el bien jurídico protegido en este delito sería el buen funcionamiento de la Administración (entendido no tanto en el sentido de eficacia cuanto de correcto ejercicio de los poderes inherentes a la función pública), así como la imparcialidad entendida más que en el ejercicio impersonal del poder como actividad administrativa no tendente a un comportamiento discriminatorio o preferencial hacia determinados ciudadanos.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido analizando cual es el bien jurídico que protege el artículo 404 del Código Penal, y no solo en sentencias dictadas en los años inmediatamente posteriores a la promulgación del Código Penal de 1995 (SSTS Sala 2<sup>a</sup>. 21.12.99;

12.12.2001), sino en pronunciamientos más recientes como las SSTS. Sala 2ª. 04.12.2003. 08.06.2006, Auto 01.02.2007 o la STS. 723/2009, de 1 de julio, declarando que el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación, que son, el servicio prioritario a los intereses generales, el sometimiento pleno a la ley y al derecho, y la absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines. Es por ello que la sanción de la prevaricación garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un estado social y democrático de derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal.

El bien jurídico protegido es el mismo principio de legalidad y la sujeción al derecho de las autoridades, con interdicción del puro arbitrio consistente en aprovechar la situación de poder que tiene encomendada una determinada persona para anteponer a esa recta aplicación del derecho, los intereses o criterios puramente personales y caprichosos.

La doctrina española mayoritaria, entre los que destaca, (Octavio de Toledo, 1980, p.297 y ss.) reconoce que el bien jurídico protegido en el delito de prevaricación, es el correcto funcionamiento de la potestad administrativa como servicio público, y por tanto, lo constituiría la función pública que los funcionarios han de ejercitar conforme al interés general según la legalidad existente.

El delito de prevaricación no protege a los órganos administrativos, es decir, a la Administración como entidad, sino que el derecho penal se centra en el ejercicio de las potestades que a ese ente público se atribuyen por el ordenamiento, con la finalidad de garantizar el ajuste a la función que constitucionalmente le está atribuida. Por ello, cabe concluir que el bien jurídico protegido en este delito es el interés público en el pleno sometimiento de las resoluciones administrativas a la ley y al derecho.

### 3.2. ILÍCITO PENAL E ILÍCITO ADMINISTRATIVO. PRINCIPIO «NE BIS IN ÍDEM»

Tres son las teorías (González Cussac, 1997, p.30) que abordan esta dualidad de sanción: La teoría cuantitativa que atiende exclusivamente a la mayor o menor gravedad y que postula el rechazo de la aplicación de dos sanciones a un mismo hecho (principio «ne bis in ídem»). Esta es la tesis mayoritaria de la doctrina española.

La teoría cualitativa (injusto o culpabilidad son esencialmente diversos), acepta como criterio general la dualidad de sanciones para un mismo hecho. Esta postura es prácticamente inexistente en la doctrina penal española.

Por último, las llamadas teorías eclécticas que parten de la consideración del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública en un doble ámbito: el primero y más numeroso se centra en la defensa del interés general (heterotutela). Aquí las diferencias entre ilícito administrativo e ilícito penal son meramente cuantitativas, acogiendo la idea de una misma naturaleza penal para ambas. Pero en un segundo nivel de actuación, ejerce la potestad sancionadora en una esfera interna, en defensa de un interés propio (autotutela). Estas gozarían de una naturaleza estrictamente administrativa, lo que implica la existencia de diferencias cualitativas entre ambos ilícitos. Las sanciones disciplinarias entrarían dentro de esta segunda consideración.

Para la teoría ecléctica existe una dualidad de sanciones penales y disciplinarias que es acorde con el principio «*ne bis in idem*», puesto que se originan en ilícitos cualitativamente distintos, no existe identidad de fundamento y, por tanto, pueden aplicarse los dos castigos.

La vigencia del principio «*ne bis in idem*» ha sido reiteradamente proclamada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y también por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.<sup>7</sup> Tiene su origen en los principios de legalidad y tipicidad del artículo 25 de la Constitución e impide la duplicidad de sanciones en los casos en que se aprecia identidad de sujeto, hecho y fundamento. Su ámbito de aplicación se ha extendido también a las relaciones entre sanciones penales y administrativas, aunque podría darse una excepción en cuanto a su aplicación en las llamadas relaciones especiales de supremacía o de especial sujeción, pues suponen una naturaleza cualitativa distinta a la de los delitos. De modo, que al no darse identidad de fundamento está perfectamente legitimada la imposición de ambos castigos (Gonzalo de Toledo, 1980, p.263 y ss.).

Al hilo de lo anterior, debe tenerse en cuenta que al derecho penal no le interesa la organización del servicio público, por tanto, no la contempla en la descripción del tipo. De modo que el desvalor que comporta la pena no contemplaría esta parte del hecho. En consecuencia cabría la duplicidad de sanciones penales y administrativas<sup>8</sup>, y lo sería en los delitos de fun-

---

<sup>7</sup> Por todas, STC. 2/81, de 30 de enero, SSTC. 62/84 de 21 de mayo y 159/85, de 27 de noviembre. La doctrina general de la jurisprudencia ordinaria queda expuesta en la STS. de 16 de julio de 1990.

<sup>8</sup> El título VII del Estatuto Básico del Empleado Público, Ley 7/2007, 12 de abril, regula su régimen disciplinario, estableciéndose en el artículo 95 del citado texto legal

cionarios especiales propios, como es el caso de la prevaricación, pero no así respecto de los delitos especiales impropios, al ser la condición de funcionario y el daño que ello comporta a la organización del servicio administrativo, lo que fundamenta una penalidad más elevada del tipo común.

El Consejo General del Poder Judicial tuvo ocasión de pronunciarse sobre la dualidad de sanciones penales y administrativas y la aplicación del principio «*ne bis in idem*», en el Informe del Anteproyecto de Código Penal de 1992 (González Cussac 1997, p.44). En él se afirma que «la anulación de sanciones disciplinarias a la condena penal no infringe de suyo el principio «*ne bis in idem*», si el quebranto de la relación de sujeción especial no se halla ya castigada con la imposición de la pena.

De modo que, el Código Penal puede, o bien dejar de valorar la repercusión disciplinaria de la infracción abandonándola al derecho administrativo sancionador; o por el contrario, contener también las consecuencias relativas a restituir al injusto producido en las relaciones de servicio. En este último caso, no cabrá acudir a otros órdenes sancionadores, puesto que el texto punitivo habrá valorado ya la totalidad del evento y por consiguiente habrá agotado toda la respuesta jurídica. De lo anterior puede y debe concluirse en la necesidad de resaltar la importancia de la consecuencia jurídica. Así, si esta contempla el injusto global del acto (quebranto del orden general y del servicio en cuanto a relación laboral), no cabrá la doble sanción. Ahora bien, si la consecuencia jurídica prevista en la norma penal solo asume el perjuicio general, deberá tomarse también en consideración el precepto disciplinario. Pero este último no es el caso del delito de prevaricación, donde la pena de inhabilitación especial capta también, de modo global las repercusiones de la conducta sobre la relación de servicio. Por lo que habrá que negar siempre la duplicidad de sanciones.

## 4. EL CONCEPTO DE AUTORIDAD Y FUNCIONARIO PÚBLICO

### 4.1. LA NOCIÓN DE AUTORIDAD O FUNCIONARIO PÚBLICO A LOS EFECTOS DEL DERECHO PENAL

El concepto de funcionario público es una de las cuestiones que deben ser abordadas de modo previo para el análisis de delito de prevaricación.

---

las faltas disciplinarias pudiendo ser estas muy graves, graves y leves. Destaca la letra d) *La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos.*

Para (González Cussac 1997, p.104) la prevaricación es un delito especial propio pues solamente podrán ser autores del mismo aquellas personas que participen de la cualidad de autoridades o funcionarios públicos.<sup>9</sup> En consecuencia, únicamente tienen aptitud para ser sujetos activos del delito de prevaricación quienes a los efectos del derecho penal posean esa condición.

En este sentido, el art. 24 del Código Penal<sup>10</sup> contiene un concepto normativo y funcional de funcionario válido para el derecho penal, más amplio que el vigente en derecho administrativo<sup>11</sup> y delimitable a una incorporación efectiva a la actividad pública, bien por disposición inmediata de la ley, bien por elección o por nombramiento de autoridad competente, así como por la participación en el ejercicio de funciones públicas.

El concepto de funcionario público es funcional (Suarez-Mira Rodríguez 2005, p.505), lo relevante no es la forma de encuadramiento, el régimen de actuación o la dependencia del funcionario, sino el hecho de que su cometido se centre en el ejercicio de funciones públicas. Así se construye un concepto autónomo de funcionario no subordinado al concepto administrativo y que, por lo tanto, puede ser muy distinto del manejado en ese sector del ordenamiento jurídico. Este lo asume la jurisprudencia SSTS. Sala 2ª de 01.02.95; 13.06.95 y 19.09.92 al declarar que el concepto de funcionario es distinto en la esfera administrativa y penal, pues en esta última vertiente lo que interesa es la participación, de una u otra manera, en funciones administrativas, con independencia de la forma en que haya sido llamado a desempeñarlas. El Código Penal no contiene un concepto de funcionario, sino más bien unas pautas para determinar en cada caso quien lo sea.

---

<sup>9</sup> En este sentido la STS. Sala 2ª, de 25 de abril de 1988 al afirmar que el delito contiene como primera característica, la de su limitación subjetiva en orden a su autoría, ya que únicamente puede ser cometido por jueces, funcionarios públicos, abogados o procuradores.

<sup>10</sup> Art. 24. 1.- A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las comunidades autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal. 2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.

<sup>11</sup> El título II del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril, define como empleados públicos a quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales, clasificando a dichos empleados en funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal y al personal eventual.

En consecuencia, y como indica el citado autor, es aconsejable delimitar qué elementos concurren a formar esas pautas específicas de quien ostenta la condición de funcionario público. Para ello, se examinarán tres elementos: primero, habrá que diferenciar las funciones públicas de aquellas que no lo sean –funciones privadas–; segundo, habrá que perfilar cómo se participa en esas funciones; y finalmente, analizar cuál es el título con el que se interviene.

- a) La *función pública* constituye un elemento instrumental básico de las Administraciones Públicas que recibe el mandato constitucional de servir con objetividad los intereses generales. Muñoz Conde entiende por tal toda aquella actividad proyectada sobre el interés colectivo o social. Junto a ello se acepta que quien forma parte, por medio de una relación de servicio, de un ente sometido al derecho público es un funcionario a efectos penales (SSTS. Sala 2ª de 04.12.2001; 07.11.2001).
- b) *Participación en las funciones públicas*. Requiere que el sujeto esté en posesión –dentro de la estructura organizativa– que le permita de modo directo actuar las citadas potestades públicas. La STS. Sala 2ª de 23.03.2001 subraya que «no basta con la condición *in genere* de funcionario público», sino que el mismo ha de participar en el ejercicio de las funciones relacionadas con los derechos de que se trata, es decir, debe tener competencia funcional. Esta competencia funcional ha de entenderse de modo no formalista, en tanto que la ausencia de toma de posesión podría frustrar la aplicación de la norma penal, como en el caso contemplado en la STS. Sala 2ª de 19.12.2000 que consideró delito de cohecho la compra de un voto de un concejal electo, y que aún no había tomado posesión de su cargo, por actuar en la sesión constitutiva de la corporación en el sentido favorable al que lo compró.
- c) *Título suficiente*. Debe tener la naturaleza legal que permita o justifique esa intervención en las funciones públicas, de forma que no se llegue a ampliar tan considerablemente el ámbito de actuación de los tipos, que puedan incluirse conductas de particulares que, de forma transitoria y excepcional, realicen tareas con significación pública. Así que las intervenciones producidas sin posesión de un título adecuado para ello no contribuirán a formar ese concepto de funcionario público. En definitiva, como reiteradamente advierte la jurisprudencia, es preciso ac-

tuar como autoridad o funcionario público, y no como un particular.<sup>12</sup>

En un supuesto límite, la STS. Sala 2ª de 19.09.2002 consideró funcionario al director-gerente de una mutua de accidentes en un delito de malversación, al reputar que estas entidades aparecen integradas en la seguridad social, su patrimonio procede de las cuotas de la seguridad social y el nombramiento del director tiene que ser autorizado por un organismo oficial.

#### 4.2. SUPUESTOS ESPECIALES DE LA CONDICIÓN DE FUNCIONARIO. LOS COLEGIOS PROFESIONALES

Se pone de manifiesto un problema específico (González Cussac 1997, p.101) que plantea la literatura alemana y que recogen varios autores, es el constituido por los llamados *funcionarios de hecho*. Se pueden distinguir dos grupos con consecuencias muy distintas.

El primero estaría integrado por aquellos casos en los que un particular invade o se atribuye la cualidad de funcionario por propia iniciativa merced a un impulso personal, actuando como tal. No pueden bajo ningún concepto ser considerados funcionarios públicos, pues faltaría el primer requisito exigido de incorporación por disposición legal, elección o nombramiento. Por tanto nunca podrían incurrir en el delito de prevaricación, y su conducta debería castigarse de acuerdo a lo establecido en los artículos 402, 405 o 406 o, en su caso, por el artículo 506 del Código Penal.

El segundo grupo de supuestos estaría constituido por aquellos sujetos que incorporados legítimamente (generalmente por nombramiento), desempeñan el cargo público hasta descubrirse que no reunían las condiciones jurídicas previas necesarias para acceder a ese cargo (ej. no tener la edad exigida, carecer de la titulación imprescindible, etc.). Para la doctrina mayoritaria alemana y española<sup>13</sup> si se les consideraría funcionarios a los efectos penales, porque sus actos son oficiales y reciben la protección pública. A ello habría que añadir que son idóneos para lesionar el bien jurídico protegido, pues mientras dura la situación anómala despliegan su eficacia frente a la propia administración y frente a los particulares.

<sup>12</sup> STS. de 28 de diciembre de 1994, Por el contrario, la STS. de 19.12.1994, si consideró funcionarios públicos a los Corredores de Comercio.

<sup>13</sup> Schönke, A; Shróeder H; del Toro Marzal, Rodríguez Devesa y Muñoz Conde, a los que cita González Cussac.

La declaración de nulidad de dichos actos con efectos *ex tunc*, producirá su desaparición y, al mismo tiempo, la paradoja de que por actos inexistentes se castigaría al funcionario de hecho. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la nulidad con efectos *ex tunc* no deja de ser una ficción jurídica limitada prácticamente a las relaciones internas administración-funcionario de hecho y mientras esa ficción no se declara, la resolución injusta se consume y produce la lesión del bien jurídico. En cualquier caso, como recuerda del Toro Marzal, según el art. 24 del Código Penal, son funcionarios, pues reúnen los dos únicos requisitos allí exigidos: incorporación y efectiva participación en la función pública y ello con independencia de otras responsabilidades en que pudieran incurrir, como por ejemplo, la prevista en los artículos 405 y 406, por nombramiento ilegal.

Sin embargo, los supuestos especiales no terminan aquí. Entre estos supuestos cabe citar al ejercicio de las potestades disciplinarias atribuidas por el ordenamiento jurídico a los empresarios respecto a los trabajadores, o a los Colegios Profesionales en relación a sus colegiados.

En el primer caso no parecen cumplirse los requisitos antes indicados, ni puede decirse que sus actos estén sometidos al derecho público, ni son realizados por un ente público, ni parecen perseguir fines públicos. Parecen hallarse en el marco del derecho privado.

Respecto a los Colegios Profesionales, teniendo en cuenta su configuración legal, dada la interpretación constitucional existente y al exigirse la colegiación obligatoria, se convierten en entes semipúblicos, al menos en lo referente al control disciplinario de sus colegiados, siendo calificadas por un sector de la doctrina administrativa como jurídico-públicas, todas las relaciones entre los colegios y sus miembros, catalogándola además como *relaciones de especial sujeción*. De modo que podría discutirse la naturaleza administrativa o privada de estas entidades. Más discutible se presenta la calificación como de *participación en funciones públicas*, pues el interés perseguido por los Colegios Profesionales es un interés corporativo completamente distinto al interés general. Cuestión distinta, que estos intereses corporativos también resulten relevantes para el Estado, que en ocasiones los hace suyos, pero nunca integran el concepto de interés general, ni mucho menos implican el *ejercicio de funciones públicas*. Por tanto, incluir a este colectivo entre los sujetos activos del delito de prevaricación supondría llevar a cabo una interpretación sumamente extensiva del artículo 24 del Código Penal.



## 5. TIPO OBJETIVO

La conducta típica consiste en dictar una resolución arbitraria, es decir, una acción positiva de realización de un acto administrativo que, en principio, se estima incompatible con la simple omisión. Sin embargo, la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, da eficacia jurídica a los llamados «actos presuntos» al considerarlos actos administrativos, al operar el silencio administrativo tanto en procedimientos iniciados por los interesados o de oficio por la Administración Pública una vez transcurrido el plazo máximo sin haberse notificado la resolución expresa al interesado.<sup>14</sup> Ello podría posibilitar que por esta vía, al tratarse de un acto administrativo, pueda dar lugar a un delito de prevaricación. Al respecto, el Auto de 1 de febrero de 2007 de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo no aprecia indicios de responsabilidad criminal constitutiva de un delito de prevaricación, la resolución de la ministra de Medio Ambiente a un recurso potestativo de reposición dictada por medio del silencio administrativo, al no considerar dicha resolución arbitraria conforme a los elementos que deben concurrir para que pueda tratarse de un delito de prevaricación administrativa.

### 5.1. CONCEPTO DE RESOLUCIÓN

Tanto la jurisprudencia como la doctrina vienen a entender por resolución todo acto de la Administración Pública de carácter decisorio, que afecte al ámbito de los derechos e intereses de los administrados.<sup>15</sup> Esto es, todo acto de contenido decisorio. En definitiva podría decirse que es todo acto de la Administración que comporta una declaración de voluntad de la misma, de contenido decisorio y que afecta a la órbita de los derechos de los ciudadanos. Quedan en consecuencia excluidos de este concepto, y por tanto son atípicos, cuantos actos administrativos no tengan carácter decisorio, como por ejemplo los actos de trámite, informes, consultas, circulares, dictámenes, etc.

Respecto a los informes, debe tenerse en cuenta lo dispuesto expresamente en los arts. 320, 322 y 329 del Código Penal (*prevaricaciones específicas*). El negar su relevancia, lo es a los solos efectos de no conside-

---

<sup>14</sup> Ver arts. 42 a 44 de la Ley 30/92, 26 de noviembre LRJAP y PAC.

<sup>15</sup> Por todas SSTs. Sala 2ª de 22 noviembre de 1990 y 10 de julio de 1995.

rarlos actos ejecutivos del tipo penal, esto es, negando que con los mismos se realicen comportamientos de autoría en sentido estricto (art. 28.1 CP). En consecuencia, no se descarta que a través de informes o dictámenes se pueda incurrir en responsabilidad penal a título de participación.

Al derecho penal solo le interesa garantizar la función pública en cuanto trascienda a los ciudadanos, y obviamente no trascienden los actos no resolutivos. No podemos hablar de resolución más que en aquellos supuestos donde se decida acerca de un conflicto en el ordenamiento jurídico. De modo que no toda aplicación de una potestad es una resolución, se requiere decidir conforme a derecho en un conflicto. Así, por ejemplo, la detención ilícita practicada por un agente de la autoridad nunca podrá constituir delito de prevaricación, aunque sí naturalmente de detención ilegal. En cambio, si integrará la figura de prevaricación judicial, entre otras, la practicada por una autoridad judicial, ya que esta sí resuelve un conflicto.

La jurisprudencia subraya la necesidad del contenido decisorio de la resolución, que comporte una declaración de voluntad, y que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, resolución que podrá ser escrita u oral, expresa o tácita.<sup>16</sup>

Respecto a la posible tipicidad de los *mandamientos u órdenes de pago* y sobre los llamados *informes vinculantes*, la jurisprudencia<sup>17</sup> los excluye categóricamente del concepto de resolución, pues nunca lo son las ejecuciones de acuerdos previos tomados por el órgano decisor. Respecto a los segundos, un informe vinculante siempre será un informe, y por tanto no podrá integrarse en el concepto de resolución. Todo lo más, pudiera ser calificado como un acto de participación en el hecho principal, esto es, en la resolución dictada por el órgano decisor competente, incluso cabría pensar, como afirma dicho autor, en una tentativa de prevaricación, y aún resultaría muy discutible.

Por último, la resolución como exige el art. 404 del Código Penal debe versar sobre un *asunto administrativo*. En este sentido, la jurisprudencia ha interpretado que merecen tal consideración aquellas resoluciones emitidas por funcionarios públicos y sometidas al derecho administrativo, siempre que afecten a los derechos de los administrados y a la colectividad en general<sup>18</sup>, y que además requieran de un procedimiento formal en que el funcionario decida la aplicación del derecho acordado, limitando o negando derechos subjetivos de quien sea parte en el mismo. De este modo, se

<sup>16</sup> STS. Sala 2ª 14 de noviembre de 1995.

<sup>17</sup> STS. Sala 2ª 28 de septiembre de 1995.

<sup>18</sup> STS. Sala 2ª 31 de marzo de 1994.

niega, por ejemplo, la condición de resolución administrativa a una orden dada por el gobernador civil (hoy subdelegados del Gobierno), en ejercicio de sus facultades estrictamente políticas. Lo esencial es que la resolución no tenga naturaleza jurisdiccional ni política.

## 5.2. CONCEPTO DE LOS TÉRMINOS INJUSTICIA Y ARBITRARIA EN LA RESOLUCIÓN

La anterior redacción del Código Penal, el art. 385 hablaba de resolución *injusta* pero la sustitución de este término por el de *arbitraria* no ha cambiado, en opinión de (Muñoz Conde 2010, p.993), las posibilidades interpretativas de este delito, por cuanto que la arbitrariedad es una forma de injusticia y este concepto sigue constituyendo el núcleo esencial del delito de prevaricación, tanto en el art. 404, como en otros en los que se regulan supuestos específicos de prevaricación (arts. 320, 322, 329, 446 y 447). En un Estado de derecho injusticia e ilegalidad son términos equivalentes, no debe olvidarse que en la interpretación de la ley hay algo más que la simple literalidad del precepto en cuestión, y que tan decisivo o más que la propia literalidad es la interpretación jurisprudencial y doctrinal del precepto, su correspondencia con la constitución y con los principios interpretativos básicos.

### 5.2.1. La Jurisprudencia

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida en la STS. Sala 2ª 1318/2005, de 17 de noviembre<sup>19</sup> declara e interpreta que el elemento *injusticia* –núcleo del delito de prevaricación– se cifra en el coeficiente de arbitrariedad de la decisión. Donde obrar de manera arbitraria, en un contexto público de actuación preceptivamente delimitado, es suplantar la ratio y el fin de la norma por personales razones y finalidades, convirtiendo la propia voluntad en fuente de una norma particular. Es, por tanto, en la patente subversión de la *ratio legis* donde radica el núcleo de la antijuricidad de la conducta injusta, pues, en sentido legal por claramente arbitraria.

Amplia el Alto Tribunal su interpretación del elemento *injusticia* con la jurisprudencia que recoge en su Sentencia 49/2010, de 4 de febrero, en

---

<sup>19</sup> SSTS. 257/2005, 28 de febrero; 1274/2004, 5 de noviembre; 1720/2003, 23 de diciembre; 1526/99, de 2 de noviembre.

el sentido de que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifieste su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley,<sup>20</sup> o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor<sup>21</sup> o cuando la resolución adoptada no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos<sup>22</sup>. Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

### 5.2.2. La doctrina

Desde el punto de vista de la doctrina (González Cussac 1997, p.55) expone las cuatro teorías de la noción de injusticia que se han formulado y que, en síntesis, se exponen a continuación:

- a) *Teoría subjetiva*. Según esta teoría existiría injusticia si el funcionario dicta la resolución en contra de sus propias convicciones. No prevaricaría el servidor público que actuara de acuerdo con su conciencia. Para esta teoría no tiene la menor importancia lo que diga la ley. Tal planteamiento no ha encontrado demasiado eco en la doctrina alemana y mucho menos en la española. Su desprecio al ordenamiento jurídico, al sistema de fuentes y a la división de poderes es realmente sobrecogedor. Todos los ciudadanos, y muy especialmente los funcionarios públicos, están sujetos a la ley. Por tanto, el término injusticia se mide en referencia al ordenamiento positivo, y no mediante una grave confusión de elementos objetivos y subjetivos del tipo.
- b) *Teoría objetiva*. Es la corriente dominante en Alemania y España. El término injusticia ha de medirse en relación al ordenamiento jurídico, de modo que injusta será toda resolución contraria a Derecho. Se trata de un elemento normativo del tipo, que habrá de valorarse en cada caso concreto en base a consideraciones materiales y

---

<sup>20</sup> STS. 1497/2002, de 23 de septiembre.

<sup>21</sup> STS. 878/2002, de 17 de mayo.

<sup>22</sup> STS. 76/2002, de 25 de enero.

no puramente formalistas. Es un concepto objetivo completamente independiente de las condiciones particulares del sujeto. En un sistema democrático como el nuestro, donde se proclama la vigencia de un Estado de Derecho, solo puede ser aceptada como válida esta noción de injusticia. Sin embargo, se abren numerosos interrogantes, tales como el de si el parámetro de referencia establecido en el derecho se limita solo al derecho positivo o también incluye el supralegal; la problemática peculiar de las leyes multívocas, la de la discrecionalidad; y la de los conceptos jurídicos indeterminados; así como la de determinar si toda ilegalidad o contrariedad a derecho constituye injusticia o si se precisa de alguna magnitud específica.

- c) *Teoría intermedia o de los deberes*. Como señala el citado autor, se debe en gran medida a Rudplphi, quien después de pulverizar las concepciones subjetivas y aun partiendo de postulados objetivistas, señala una serie de inconvenientes, como el de las leyes multívocas o la cuestión de la discrecionalidad. Para este autor la solución pasa por valorar también los estímulos móviles o intereses tenidos en cuenta por el funcionario a la hora de dictar la resolución. Si estos estímulos, móviles o intereses son ajenos al derecho habrá prevaricación al operar como elementos subjetivos del injusto. De igual modo, introduce otro módulo de referencia, basado en el examen de los medios y métodos científico-jurídicos utilizados por el sujeto activo. De suerte que existirá prevaricación siempre que se haya despreciado la solución más ajustada a derecho.
- d) *Teoría mixta*. Según esta teoría, junto a una objetiva injusta en el comportamiento del funcionario, se precisa además, como elemento típico no escrito, una tendencia subjetiva de contradecir el derecho. Es decir, se exige la presencia de un elemento subjetivo del injusto, con lo que no tuerce el derecho quien simplemente realiza una acción objetivamente contraria a derecho, sino que se requiere que lo haga con la intención o tendencia de torcer el derecho (Octavio de Toledo, 1980, p.351).

En España la doctrina mayoritaria se muestra decididamente partidaria de las tesis netamente objetivas, habida cuenta de la peculiar regulación legal, que desde 1870 y hasta 1995 castigaba también la modalidad imprudente, posibilitando así un diáfano deslinde entre los requisitos objetivos y subjetivos de la infracción.

## 6. TIPO SUBJETIVO

El delito de prevaricación solo puede ser cometido dolosamente al haber desaparecido la modalidad imprudente del artículo 358.2 del Código Penal de 1973.

El artículo 404 del Código Penal establece que, para cometer prevaricación, la autoridad o funcionario público deberá, *a sabiendas de su injusticia*, adoptar una resolución arbitraria en asunto administrativo. Se exige por tanto que el funcionario dicte la resolución con conciencia y voluntad del acto, con intención deliberada y plena de conciencia de la ilegalidad e injusticia de la resolución (STS. 1160/2011, de 8 de noviembre).

Añade el Tribunal Supremo en su ST. 49/2010, de 4 de febrero la necesidad de que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente. Su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución. De conformidad con lo expresado en la STS. 766/99, de 18 de mayo, como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución *a sabiendas* se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el art. 404 del Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración.

En cuanto a la posibilidad de cometer el delito con *dolo eventual*, cabe decir en opinión de (Morales Prats/Rodríguez Puerta 2005, p.2053) que quizá con la desaparición de la modalidad imprudente, la cuestión debería plantearse en términos distintos. El dolo es el modo necesario para cometer la prevaricación. Las dudas nacen cuando se pregunta la posibilidad de que ese dolo sea eventual. Una parte de la literatura científica (González Cusac) avala que sea posible esta forma de dolo, ya que en caso contrario se producirían resultados como puedan ser los casos en que los funcionarios teniendo serias dudas sobre la legalidad de su actuación, sin embargo la llevan adelante.

Al hilo de lo anterior, la ST. 77/2012, de 17 de febrero del Juzgado de lo Penal Nº 3 de los de Palma de Mallorca, recoge la STS. Sala 2ª de 1 de julio de 2009 que contiene un detallado análisis del delito de prevaricación y que, respecto de la cuestión analizada aquí, destaca que el término *a sabiendas* no solo elimina del tipo en cuestión la posible comisión culposa sino la comisión por *dolo eventual*. La exigencia de este elemen-

to subjetivo cualificado no puede llevar, a la llamada subjetivización de este delito, que ha sido razonadamente desechada por la STS. Sala 2ª de 15.10.99 en relación con la prevaricación judicial, pero no puede menos de ser cuidadosamente ponderada cuando se trata de una prevaricación administrativa y el presunto culpable es persona lega en derecho. *Se cometerá prevaricación administrativa cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto adopta un determinado acuerdo porque quiere aquel resultado y antepone su voluntad de cualquier otra consideración.*

Por tanto el Tribunal Supremo niega la perpetración del delito de prevaricación por medio del dolo eventual. Lo que hace es acentuar la exigencia de la plena conciencia de quien resuelve, eso es, el carácter doloso de su actuación para que se produzca el tipo del injusto, pudiendo salvar del mismo a quien adolece de esa plena conciencia en su actuación.

## 7. FORMAS DE APARICIÓN DEL DELITO

La *consumación* del delito se produce desde el mismo instante en que se lesiona el bien jurídico protegido. Y esto sucede en el momento de dictar la resolución injusta. Se trata de un delito de lesión no de resultado material. Basta con la adopción del acuerdo arbitrario, para entender consumada la infracción, sin necesidad de comprobar los posibles resultados, daños o consecuencias de este acuerdo. Se trata de un delito de mera actividad.

Respecto a la *tentativa completa* en este delito, el mismo ya estaría consumado, porque por definición, se habrá dictado una resolución arbitraria. Nada se opone en cambio, a la apreciación de la *tentativa incompleta*. No obstante, deben tenerse en cuenta las dificultades existentes en muchos casos no solo para ser probada, sino para su misma existencia, ya que como señalan de (Morales Prats/Rodríguez Puerta 2005, p.2054), va a depender en última instancia de *los trámites o sucesivos pasos que requiera la resolución para emitirse*. De igual modo tampoco pueden descartarse hipótesis de tentativa inidónea (Octavio de Toledo, 1980, p.409).

En este sentido, los citados autores al señalar las formas imperfectas de ejecución entienden que es técnicamente posible la tentativa, dependiendo de esos trámites sucesivos de los cuales vaya a depender la resolución para emitirse. Así mismo es posible calificar de tentativa la conducta del funcionario público que vota a favor de la adopción de una resolución arbitraria en aquellos supuestos en los que finalmente no se emite. En tales hipótesis,

el empleado público que votó a favor de la resolución habrá realizado todos los actos necesarios para la consumación del delito aunque finalmente no llegara a consumarse por motivos ajenos a su voluntad.

### 7.1. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Al calificar la prevaricación como *delito especial propio*. Se evocan todas las cuestiones genéricas a autoría y participación que rodean a esta categoría. Entendiendo que los delitos especiales propios como aquellos en los que la realización del tipo está ligada a una concreta cualidad personal.

Tres premisas sobre esta cuestión (González Cussac 1997, p.132):

a) *Autoría única*. Al tratarse de un delito especial propio, la autoría en sentido estricto (Art. 28 párrafo primero CP),<sup>23</sup> solo podrá afirmarse en relación a quienes realicen el hecho por sí solos. De suerte que en este delito los elementos objetivos de la autoría quedan determinados por la cualidad de funcionario público del agente, y como observa la STS. Sala 2ª de 14 de julio de 1995, siempre que además, esos funcionarios detenten facultades decisorias. En definitiva, únicamente podrán ser autores, la autoridad o funcionario, pues solo ellos tienen la capacidad de realizar el hecho, es decir, de dictar resoluciones en asunto administrativo.

b) *Autoría mediata*. Como delito especial propio que es, no cabe la autoría mediata de *extraneus* (particular) sobre *intraneus* (funcionario), pues el particular nunca puede ser autor, ya que no tiene potestad de dictar resoluciones. Y esta afirmación puede mantenerse incluso en las hipótesis de autoría mediata a través de engaño. En estos casos, el particular que mediante informe inexistente o falso, por ejemplo, engaña al funcionario competente, deberá responder por inducción, habida cuenta que si se dan los requisitos del tipo, pero no podrá exigirse la culpabilidad del funcionario instrumentalizado, ya que no actúa *a sabiendas*.

Tampoco cabe en este delito el supuesto contrario, esto es, la instrumentalización del *intraneus* (funcionario) de un *extraneus* (particular), habida cuenta que solo los sujetos cualificados son capaces de realizar la conducta típica (en idénticos términos Octavio de Toledo,

---

<sup>23</sup> Art. 28. Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumentos.



1980 p.408). La autoría mediata es en todo caso autoría en sentido estricto, por tanto quien no sea funcionario público no podrá ser autor de este delito. Si puede aceptarse la autoría mediata de funcionario sobre funcionario siempre y cuando ambos tengan una vinculación directa con la función pública abusivamente empleada (de igual opinión Octavio de Toledo, 1980, p.408).

- c) *Coautoría*. Dos son básicamente las cuestiones a desarrollar. La primera hace referencia a la imposibilidad de aceptar la coejecución del *extraneus* por vía del artículo 28 párrafo primero del Código Penal, al tratarse, de un delito especial propio. Obviamente, el particular no puede realizar directamente ningún acto ejecutivo. En cambio si se acepta la coautoría, en los casos en los que todos los sujetos, además de poseer la cualidad de autoridad o funcionario público, actúan de acuerdo, y dentro de la esfera de sus competencias, encadenan uno o varios acuerdos arbitrarios,<sup>24</sup> siempre y cuando concurren en todos ellos las demás características exigidas en el tipo, y las propias de la categoría de autores.

El segundo punto gira en torno a la coautoría en los órganos colegiados. Nada se opone, como afirma (Octavio de Toledo 1980, p.408), a la posibilidad de conceptuar como coautores de un delito de prevaricación a las autoridades o funcionarios públicos integrantes de un órgano colegiado que conjuntamente dictan una resolución injusta. Y así también lo ha venido interpretando la jurisprudencia<sup>25</sup>, al entender que serán coautores, todos aquellos que con su voto contribuyan a tomar el acuerdo arbitrario<sup>26</sup>. Así son muchos los pronunciamientos de la Sala 2ª del Tribunal Supremo que consideran responsables del delito de prevaricación a todos los miembros del órgano colegiado que contribuyeron con su voto a la adopción del acuerdo injusto (por todas STS. 19 de diciembre 1994).

- d) *Participación*. Se admite la posibilidad de castigar al particular (*extraneus*), tanto como inductor o cooperador necesario, como por complicidad. Debe tenerse en cuenta que se participa solo en el injusto típico, no en la totalidad del hecho delictivo del delito de prevarica-

---

<sup>24</sup> Así se expresan, entre otras las SSTS. Sala 2ª de 12 de diciembre de 1994 y 10 de julio de 1995.

<sup>25</sup> Entre otras las SST. Sala 2ª de 24 de junio 1994; 20 de mayo de 1995; 22 de junio de 1995; 28 de diciembre 1995.

<sup>26</sup> El artículo 27.4 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al regular el funcionamiento de los órganos colegiados exime de responsabilidad a los miembros del órgano que voten en contra o se abstengan.

ción, por lo que se excluyen de la comunicabilidad, el conocimiento de la ilicitud y los demás requisitos de índole personal. De este modo, por la vía de la inducción y de la cooperación necesaria, se resuelven satisfactoriamente muchas situaciones imposibles de reconducir a la autoría estricta, a la autoría mediata y a la coautoría, que de no hacerlo así, comportarían graves contradicciones desde una perspectiva político criminal. Por ej., los casos en que el particular es el que toma la iniciativa o se vale indirectamente del funcionario para obtener una resolución contraria a derecho beneficiosa a sus intereses.

La jurisprudencia no ha dudado en castigar como partícipes en el delito de prevaricación, tanto al *intraneus* (otro funcionario) como al *extraneus* (un particular u otro funcionario no competente), pues su impunidad *repugna a la justicia material y a la conciencia social*.<sup>27</sup>

Respecto a las actuaciones en nombre de otro, previstas en el artículo 31 del Código Penal, debe señalarse, en opinión de (González Cussac 1997, p.135), las dificultades existentes para aplicar este artículo. De un lado, porque las autoridades y funcionarios técnicamente nunca actúan como *administradores de hecho o de derecho*. Y de otro lado, porque en el ámbito de la función pública, las actuaciones en nombre y representación de otro, reciben el nombre de delegación.<sup>28</sup> Por consiguiente, solo mediante el recurso esta técnica, podrá establecerse qué órgano era el competente, y en consecuencia dictó la resolución arbitraria. Pueden darse los supuestos de coautoría y participación.

## 7.2. CONCURSO DE DELITOS

El delito de prevaricación contemplado en el artículo 404 del Código Penal constituye el tipo básico de todos los delitos contra la Administración Pública. Queda generalmente desplazado por todos aquellos cuya esencia consiste de algún modo en la realización de un acto injusto (nombramiento ilegal, abandono de destino, desobediencia, infidelidad en la custodia de documentos, violación de secretos, cohecho o tráfico de influencias.

Vamos a examinar algunos de los supuestos más frecuentes entre la prevaricación y otros delitos, bien constituyan un concurso aparente de normas, o bien un concurso real o ideal de infracciones.

<sup>27</sup> SSTS. Sala 2ª 24 de junio 1994; 22 de junio 1995; 10 y 18 de enero 1997 y 25 de marzo 1997.

<sup>28</sup> Ver art. 13 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

- A) *Nombramientos ilegales (art. 405 CP)*. La resolución arbitraria consiste en este caso en el nombramiento ilegal. En consecuencia, se producirá un concurso de normas a resolver en favor de este último precepto, por hallarse en relación de especialidad. Aunque más bien parece que deba solucionarse por la vía de la consunción, dado que en los nombramientos ilegales el tipo puede realizarse tanto proponiendo (no hay resolución) como nombrando o dando posesión (si la hay).
- B) *Cohecho (art. 419 CP)*. Las relaciones con el delito de cohecho son mucho más sencillas, puesto que su consumación se verifica sin necesidad de ejecutar acto alguno (STS. 17 de julio de 1995). Pero fuera del supuesto del artículo 419, donde este constituye delito y se deberá castigar separadamente, la pena se impone en función directa de si el acto se ha ejecutado o no. Si no se ha ejecutado no podrá tampoco haber existido prevaricación. Si por el contrario sí se ha ejecutado, entonces la pena del cohecho aumenta, con lo que parece absorber también ese mayor contenido de injusto. Se resuelve entonces el conflicto por la vía del concurso de leyes, aplicando la regla de subsidiariedad expresa. Téngase además en cuenta que en todos estos casos se impone también para todos los delitos de cohecho la pena de inhabilitación especial.
- C) *Tráfico de influencias (art. 428 CP)*. Existe cierto acuerdo en que este delito se diferencia del de prevaricación por la concurrencia de tres notas características: la conducta típica consistente en *influir*; se precisa un especial ánimo de obtener beneficio económico; y, que además de la lesión al correcto ejercicio de la función pública, fundamentalmente se protege la libre formación de la voluntad del funcionario, su imparcialidad y el interés general.
- Según (González Cussac 1997, P.136) para un sector doctrinal y cita a (Orts Berenguer y Valeige Álvarez) y jurisprudencial, nos encontramos ante un supuesto de concurso medial (artículo 77 CP), pues presentan una estructura de medio a fin: se influye para obtener una resolución arbitraria. Sin embargo, otro sector de la doctrina (Cugar Mauri y López Garrido y García Arán) opina que nos hallamos ante un concurso de normas, que ha de resolverse por la regla de especialidad a favor del tráfico de influencias. En realidad los supuestos problemáticos se reducen a uno: el *extraneus*, funcionario que actúa fuera de sus competencias o particular (arts. 428 y 429 CP) que influyen en el funcionario con competencias en la materia, para que este dicte una resolución arbitraria. Respecto a este último resulta evidente su responsabilidad como autor de un delito de prevarica-

ción del artículo 404. La polémica se centra en la calificación de la conducta del primero, que presenta dos alternativas. O responde solo por una inducción al delito de prevaricación; o bien responde únicamente por autoría del delito de tráfico de influencias; o por último, se le imputan ambas en concurso de medio a fin.

La primera solución debe descartarse porque supondría privilegiar al inductor de una prevaricación, esto es, dictar resolución arbitraria, que se castigaría solo con pena de inhabilitación especial, mientras que el inductor o el que ejerce influencias, para que otro dicte una resolución no arbitraria, respondería en cambio por los artículos 428 o 429 del Código Penal, con las penas de inhabilitación y además de prisión. En definitiva, se sancionaría más gravemente al que influye o induce a otro a dictar una resolución no arbitraria que el que induce a otro a dictar una resolución arbitraria. Del mismo modo, debe descartarse la tercera solución consistente en apreciar un concurso medial de delitos, en la medida que la forma de influir (arts. 428 y 429) constituye a la vez la inducción al delito de prevaricación (artículo 404). De modo que si se valoran o toman en consideración dos veces, quedaría conculcada la prohibición constitucional de *ne bis in idem* material. De lo anterior se deduce que ha de optarse por apreciar un concurso de normas del que resultaría desplazado el delito de prevaricación en favor del delito de tráfico de influencias. Dos razones avalan esta solución. De una parte, que este último delito contempla el desvalor del hecho (por ejemplo, el ánimo de obtener un beneficio económico), y de otra parte, pero en consonancia con este mayor plus, atribuye una mayor penalidad.

D) *Compatibilidad con otros delitos contra el ejercicio de la función pública.*

Únicamente debe matizarse que cuando la resolución arbitraria sea el medio para cometer otro delito, estaremos en presencia de un concurso ideal.

E) *Compatibilidad con otros delitos.* Nada impide la aplicación de un concurso ideal de delitos, entre la prevaricación, y figuras como la estafa, falsedad o delitos contra los derechos de los trabajadores.<sup>29</sup>

F) *Relación con las prevaricaciones específicas o especiales.* Son las contenidas en los artículos 320, 322 y 329 del Código Penal, se produce un concurso de normas, a favor de la estimación de cualquiera de estas últimas, que desplazará a la figura contemplada en el artículo 404.

<sup>29</sup> STS. Sala 2ª 12 de diciembre de 1994.

Tanto si se considera que existe una relación de especialidad (art. 8.1 CP) como si se piensa que las prevaricaciones específicas contemplan de una forma más amplia o compleja la totalidad del hecho enjuiciado.

G) *Respecto al delito continuado de prevaricación.* Nada se opone a que si se dan los requisitos previstos en el artículo 74.1º del Código Penal, para apreciar un delito continuado de prevaricación, como así ha reconocido la jurisprudencia,<sup>30</sup> pero para ello será preciso que se dicten varias resoluciones arbitrarias, no bastando que de una sola resolución se deriven otras actuaciones ilegales.

## 8. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO. PENALIDAD Y RESPONSABILIDAD CIVIL

### 8.1. PENALIDAD

Como señala (Jesús Catalán Sender 1999, p.72), en otros ordenamientos jurídicos penales de derecho comparado la pena de esta figura delictiva (o de la equivalente a la misma) es una pena privativa de libertad.

Nuestro Código Penal en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2015 al artículo 404 dispone que al autor del delito de prevaricación “*se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de nueve a quince años*”. Esta pena que la doctrina penal incardina dentro de las penas privativas de derechos (no de libertad), supone la “*muerte civil*” del funcionario por las enormes repercusiones o consecuencias que aquella trae consigo.

Los efectos de la inhabilitación especial se encuentran contemplados en el artículo 42 del Código Penal<sup>31</sup> que dispone: «*La pena de inhabilitación especial para empleo cargo público produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere*», es decir, el funcionario pierde dicha condición, deja de ser funcionario. Solo podrá adquirir dicha condición con la presentación a nuevas oposiciones y una vez transcurrido el tiempo de la condena.

No obstante a lo anterior, el Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril prevé, en su artículo 68, la posibilidad de rehabilitar en la condición de funcionario a aquellos que la

<sup>30</sup> STS. Sala 2ª 24 de febrero de 1995.

<sup>31</sup> Art. 42 CP. La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere, aunque sea electivo, y de los honores que le sean anejos. Produce, además, la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena. En la sentencia habrán de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación.

hubieran perdido por haber sido condenados a la pena principal o accesoria de inhabilitación, atendiendo a las circunstancias y entidad del delito cometido. La competencia para rehabilitar al funcionario la otorga la ley a los órganos de gobiernos de las Administraciones Públicas los cuales, con carácter excepcional, podrán conceder la rehabilitación a petición del funcionario. Si transcurrido el plazo para dictar resolución, no se hubiera producido de forma expresa, se entenderá desestimada la solicitud.

Con respecto a los cargos electos (ej., alcalde) condenado a la pena de inhabilitación especial para dicho cargo, solo podrá presentarse a la elección como edil municipal una vez concluido el tiempo que dure la inhabilitación, de ahí que, como añade el precepto, tal pena suponga «*la incapacidad para obtener el mismo cargo u otros análogos, durante el tiempo de la condena*». Por lo demás, el cargo o empleo de que se priva debe ser delimitado o concretado en la sentencia.

Sin embargo la operatividad de los efectos de la pena de inhabilitación resulta muy dispar, según afecten a una autoridad o funcionario o que afecten a un particular. Para el primer grupo, los dos efectos de la pena cobrarían realidad, mientras que en el grupo de los particulares solo operaría el segundo, pero no el primero, pues no se puede privar de la cualidad de autoridad o funcionario público a quien no la tiene.

Esta diferencia en el alcance de los efectos de la pena de inhabilitación, encontraría justificación en la diferencia de posición que ocupan en el ordenamiento jurídico los particulares y las autoridades y funcionarios públicos, pues si aquellos no poseen capacidad de dictar resoluciones diferente también ha de ser su responsabilidad criminal. Luego no ha de sorprender que al autor *intrañeus* le corresponda una penalidad más grave, mientras que al partícipe *extraneus* le pertenezca un castigo menos grave.

Respecto al alcance de la inhabilitación especial para empleo o cargo público, conlleva por disposición legal expresa la pérdida definitiva de la condición de autoridad o funcionario. Sin embargo, su alcance no puede entenderse indeterminado o ilimitado, como la equivalencia a la privación de todo cargo o empleo público. Muy al contrario, solo podrá extenderse, y así expresamente deberá fijarse en el fallo, al ámbito de lo público directamente vinculado con el hecho delictivo realizado. En este sentido la STS de 20 de abril de 1995, limita la eficacia de la inhabilitación especial impuesta a unos concejales al ámbito de la Administración local.

En conclusión, debe precisarse exactamente para qué empleo o cargo público se extiende la inhabilitación, porque a diferencia de la inhabilitación absoluta, no puede privarse al condenado del ejercicio de «todo» empleo o cargo público. Se ha de limitar el contenido de la pena a la función

abusivamente desempeñada que se encuentre directamente relacionada con el delito en cuestión.

## 8.2. RESPONSABILIDAD CIVIL

### 8.2.1. Regulación y naturaleza

El Código Penal regula en el título V del libro I (capítulos I y II), la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas. Sin embargo las obligaciones civiles *ex delicto* no nacen propiamente del delito (aunque es necesaria la declaración de su existencia), sino de los hechos que lo configuran, en cuanto originadores de la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización de los perjuicios (STS. 298/2003, de 14 de marzo), sin que las normas que articulan la exigencia de la responsabilidad civil derivada del delito pierdan su naturaleza civil aunque se hallen recogidas en una norma penal (SSTS. 39/99, de 22 de enero y 895/97, de 26 de septiembre, entre otras), respondiendo esta realidad, (Rodríguez Ramos 2006, p.276), a una mera razón e inercia históricas: cuando se promulgó el primer Código Civil español, ya habían visto la luz los códigos penales de 1822, 1848, 1859 y 1870, por lo que ante la falta de disposiciones civiles específicas codificadas, el legislador penal optó por introducir las en el propio Código Penal.

Señala el artículo 110 del Código Penal<sup>32</sup> que la responsabilidad civil derivada de los delitos y las faltas comprende:

- a) La restitución.
- b) La reparación del daño.
- c) La indemnización de perjuicios materiales y morales.

---

<sup>32</sup> Art. 111 CP: 1. Deberá restituirse, siempre que sea posible, el mismo bien, con abono de los deterioros y menoscabos que el juez o tribunal determinen. La restitución tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de tercero y este lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito o falta. 2. Esta disposición no es aplicable cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos en las leyes para hacerlo irreivindicable.

Art. 112 CP: La reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el juez o tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquel y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por el mismo o pueden ser ejecutadas a su costa.

Art. 113 CP: La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no solo los que se hubieran causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros.

La restitución, la reparación del daño y la indemnización pertenecen al concepto más amplio de resarcimiento, entendiendo por tal la forma genérica de eliminación o neutralización del daño causado por el delito, mediante la prestación de un equivalente, cualquiera que sea la naturaleza del daño patrimonial o no patrimonial y cualquiera que sea el modo mediante el cual esa finalidad se logre, prestación pecuniaria o específica, reparación o indemnización entran en el concepto general de resarcir conforme declaró el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de febrero de 1986.

### **8.2.2. La posición subsidiaria de la Administración**

El artículo 121 del Código Penal<sup>33</sup> declara la responsabilidad civil subsidiaria del Estado y demás entes públicos de los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos sean autoridades o funcionarios públicos.

Lo determinante es la dependencia funcional del autor del hecho punible con el Estado (Rodríguez Ramos 2006, p.285) por cualquier título, administrativo o laboral, con independencia de cualquier consideración local o territorial.

Así pues, la responsabilidad civil subsidiaria del Estado y demás entes públicos se producirá en los siguientes casos (SSTS. 860/2003, de 13 de junio y 1046/2001, de 5 de junio):

- a) Cuando los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, de los que proviene el daño a indemnizar:
  1. Sean autoridades, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos.
  2. Que el hecho se hubiere cometido cuando estos se hallaban en el ejercicio de sus cargos o funciones.

---

<sup>33</sup> Art. 121 CP. El Estado, la comunidad autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos y culposos, cuando estos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse duplicidad indemnizatoria. Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario.



3. Que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que le estuvieren confiados.
- b) Cuando no sean responsables, de los delitos productores del daño, las personas enumeradas (autoridades, funcionarios o asimilados) y se den las siguientes circunstancias:
1. Que se cometan en un establecimiento de los que sean titulares o se hallen sometidos al control del Estado y demás organismos públicos.
  2. Que sus dirigentes, administradores, dependientes o empleados hayan infringido los reglamentos de policía o demás disposiciones de la autoridad, relacionados con el hecho punible.
  3. Que sin dicha infracción el tercero no hubiera cometido el delito, tiene que ser, la infracción reglamentaria casualmente influyente en el delito, cuyos daños se tratan de resarcir.

Por tanto en el delito de prevaricación, deben aplicarse sin mayores problemas las reglas generales de la responsabilidad civil *ex delicto*, teniendo presente la posición subsidiaria de la Administración conforme a lo dispuesto en el artículo 121 del Código Penal.

Únicamente debe tenerse en cuenta que como quiera que los posibles resultados dañosos que una prevaricación puede, en ocasiones, conllevar, no están recogidos en el tipo de injusto, han de evaluarse a efectos de responsabilidad civil como afirma la STS. de 14 de septiembre de 1990 al establecer que «*los daños causados en los supuestos de prevaricación carecen de autonomía según ha estimado esta Sala, por ser secuelas civiles de la prevaricación cometida*».

Palma de Mallorca, 24 de junio de 2014

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Muñoz Conde, F. *Derecho Penal Especial*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch 2010.
- Catalán Sender, J. *Los Delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*. Barcelona. Editorial Bayer Hermanos y Compañía 1999.

- González Cussac, J. *El Delito de prevaricación de autoridades y funcionarios*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch 1997.
- Suárez-Mira Rodríguez, C. (Coordinador). *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte especial*. Madrid. Editorial Civitas 2011.
- Quintero Olivares, G (Director). *Comentarios al nuevo Código Penal*. Cizur Menor (Navarra). Editorial Aranzadi 2005.
- Octavio de Toledo, E. *La prevaricación del funcionario público*. Madrid. Editorial Civitas 1980.
- Rodríguez Ramos, Luis. *Compendio de Derecho Penal. Parte general*. Madrid. Editorial Dykinson SL. 2006.
- Rodríguez Devesa y Serrano Gómez. *Derecho Penal Español. Parte especial*. Madrid. Editorial Dykinson 1995.
- Gimbernat Ordeig, E. *Código Penal*. Madrid. Editorial Tecnos 2013.
- Ortiz de Urbina Gimeno, I. *Lecciones de Derecho Penal*. Barcelona. Editorial Atelier. 2006.
- Gómez Tomillo, M. *Comentarios al Código Penal*. Valladolid. Editorial Lex Nova. 2010.
- Sánchez Melgar, J. *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*. Madrid. Editorial Sepir 2006.

**EL DERECHO PROCEDENTE DE LA UNIÓN EUROPEA Y  
SUS RELACIONES CON EL DERECHO DE LOS ESTADOS  
MIEMBROS. LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN ESTAS  
RELACIONES Y SU PROYECCIÓN EN EL ORDENAMIENTO  
JURÍDICO ESPAÑOL**

María de África Herrera Alonso  
*Comandante auditor*

*Letrada de la Sala Tercera del Tribunal Supremo*

*SUMARIO*

*1. Introducción. 2. Eficacia directa del Derecho de la Unión Europea. 3. La primacía del Derecho de la Unión Europea. 3.1. Derecho de la Unión Europea versus Constitución española. 3.2. Leyes y reglamentos nacionales contrarios al Derecho de la Unión Europea. 4. Conclusiones.*

**1. INTRODUCCIÓN**

La incorporación de cualquier Estado a la Unión Europea (en adelante, UE) lleva aparejada, entre otras consecuencias, la llegada a su propio ordenamiento jurídico de un sistema u ordenamiento jurídico autónomo y distinto del anterior, constituido por los tratados originarios así como por las distintas normas promulgadas por las instituciones europeas. La distribución de competencias que, a resultas del proceso de integración, tiene lugar entre los Estados y la hoy UE determina que, mientras el Estado se reserva un conjunto de competencias bajo su soberanía, las cuales se encuentran plenamente regidas por el derecho nacional o interno, el ejercicio de otras

se cede a favor de la UE, que, desde sus orígenes, se encuentra dotada de instituciones propias, que, a su vez, ejercen poderes normativos y ejecutivos propios, sujetos a reglas y presupuestos, tanto procedimentales como sustantivos, también propios, y que están sometidas al control en última instancia de un sistema jurisdiccional distinto e independiente del de los Estados miembros como es el que encarna el Tribunal de Justicia de la UE.

Por lo que respecta a nuestro país, hace ya casi dos décadas que España se integró a las entonces Comunidades Europeas<sup>1</sup>. Como no podía ser de otra manera, desde ese instante el derecho europeo (tanto el originario como el derecho derivado) aterrizó en nuestro sistema legal, produciéndose, en el nivel interno, un complejo proceso de coexistencia de dos ordenamientos jurídicos distintos y autónomos, que, sin embargo, cuentan con unos mismos destinatarios<sup>2</sup> y que, por tanto, están obligados, y casi se podría decir que condenados, a relacionarse y a corresponderse recíprocamente, diálogo que no siempre resultará tarea fácil, como después analizaremos.

No obstante, pese a su integración en el sistema español, el Derecho de la UE no puede ser conceptuado, técnicamente, como derecho interno, solo pudiendo considerarse como tal a ciertos efectos, como ha venido declarando nuestro Tribunal Constitucional<sup>3</sup>.

Al margen de lo anterior, en esa interacción que, necesariamente, habrá de tener lugar entre ambos ordenamientos jurídicos no se puede perder de vista el fundamental papel que han de desempeñar los Estados miembros, a los que el apartado 3 del artículo 4 del Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE), les impone, en virtud del principio de cooperación leal, el deber de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los tratados

---

<sup>1</sup> La integración se produjo el 1 de enero de 1986, previa firma del Tratado de Adhesión a la Comunidad Económica Europea y a la Comunidad Europea de la Energía Atómica hecho en Lisboa y Madrid el 12 de junio de 1985, y su posterior ratificación autorizada por la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de autorización para la Adhesión de España a las Comunidades Europeas, que también autorizó la adhesión al Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero.

<sup>2</sup> Cfr. Mangas Martín, A. y Liñán Noguera, D.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, 2012, pp. 363.

<sup>3</sup> En relación con este aspecto, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia n° 165/1994, de 26 de mayo, ha señalado en el Fundamento Jurídico 4 que «cabe estimar que cuando España actúa en el ámbito de las Comunidades Europeas lo está haciendo en una estructura jurídica que es muy distinta de la tradicional de las relaciones internacionales. Pues el desarrollo del proceso de integración europea ha venido a crear un orden jurídico, el comunitario, que para el conjunto de los Estados componentes de las Comunidades Europeas puede considerarse a ciertos efectos como “interno”».

o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión, así como el de abstenerse de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la UE<sup>4</sup>.

Se evidencia así como, en este complejo sistema, la labor que las diversas autoridades públicas de los distintos Estados miembros deben realizar resulta imprescindible para el funcionamiento del propio sistema, pues, sin su intervención y cooperación, la cesión de competencias a la UE efectuada por aquellos, que recordemos se rige por el principio de atribución, quedaría en vía muerta, y, además, la eficacia de las normas procedentes de las instituciones europeas en los ámbitos competenciales objeto de cesión (que deben siempre respetar el principio de subsidiariedad y proporcionalidad), nunca podría alcanzar plena operatividad<sup>5</sup>, quedando condenadas, pues, a su inoperancia.

---

<sup>4</sup> El tenor literal de dicho artículo 4.3 del TUE es el siguiente: «3. *Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los tratados.*

*Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión.*

*Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión».*

<sup>5</sup> Establece el artículo 5 del TUE (antiguo artículo 5 TCE) que «1. *La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.*

*2. En virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los tratados para lograr los objetivos que estos determinan. Toda competencia no atribuida a la Unión en los tratados corresponde a los Estados miembros.*

*3. En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá solo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión.*

*Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de subsidiariedad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Los Parlamentos nacionales velarán por el respeto del principio de subsidiariedad con arreglo al procedimiento establecido en el mencionado protocolo.*

*4. En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los tratados.*

*Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de proporcionalidad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad».*

El protocolo al que se refiere este último inciso es el Protocolo nº 2 anexo al TUE y TFUE. En relación con el novedoso y esencial cometido que el apartado 3, último inciso, atribuye a los Parlamentos nacionales, se debe subrayar que este se reitera en el artículo 12.b) del TUE y que es objeto de desarrollo y regulación en el Protocolo nº 1.

Por tanto, desde la óptica que impone el principio de cooperación leal, cabe afirmar, con carácter general, que el ordenamiento jurídico de la UE precisa, en el plano vertical, de la inexcusable cooperación e intervención de los Estados miembros y de sus autoridades públicas los cuales, con autonomía institucional y procedimental<sup>6</sup>, tendrán que, según los casos, aplicar directamente el Derecho de la UE<sup>7</sup>, desarrollar y ejecutar, en otros casos, todas aquellas normas emanadas de la UE que no sean directamente aplicables, esto es, que carezcan de carácter ejecutivo o *self executing*, y/o acometer la tarea de eliminar todas aquellas normas de derecho interno que resulten incompatibles con las adoptadas por las instituciones europeas.

No es difícil imaginar que, con un escenario así, las relaciones entre ambos ordenamientos jurídicos no sean siempre claras y sencillas, no siendo pocos los casos en los que el derecho interno de los Estados, a pesar de la intervención de sus autoridades nacionales –o, precisamente, debido a su falta de intervención–, entra en contradicción con las normas, derechos y obligaciones resultantes del Derecho de la UE. Tampoco lo es suponer que, en estos casos, en que un Estado miembro infringe las obligaciones derivadas de los tratados y del conjunto del derecho derivado se genera una situación de incertidumbre contraria de todo punto al principio de seguridad jurídica, pues se imposibilita la aplicación y eficacia uniforme del Derecho de la UE en el conjunto de los Estados miembros y se da lugar a que los administrados y destinatarios de las normas no conozcan con exactitud cuáles son los derechos que les asisten y las obligaciones que sobre ellos recaen.

Para salir al paso de las seguras disfunciones que se habían de derivar del necesario acoplamiento de estos dos sistemas jurídicos, el Derecho de la UE cuenta, desde la sentencia del entonces Tribunal de Justicia de las

---

<sup>6</sup> Para una mayor profundización sobre el contenido y la problemática que plantea el principio de autonomía institucional y/o procedimental como criterio rector de la ejecución por los Estados miembros del Derecho de la UE, véase el trabajo realizado por el profesor Arzoz Santisteban, X.: «La autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros en la Unión Europea: mito y realidad», *Revista de Administración Pública*, núm. 191, Madrid, mayo-agosto (2013), págs. 159-197.

<sup>7</sup> En este sentido y en lo que a nuestro ordenamiento jurídico se refiere, el recién introducido por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, artículo 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece expresamente, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, dicha obligación aunque referida a los jueces y tribunales nacionales, preceptuando en su apartado 1, que estos «aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea». Por su parte, la nueva redacción que también se confiere con dicha reforma al artículo 21 ahonda aun más en dicha obligación cuando señala que «los Tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas».

Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) de 15 de julio de 1964 (asunto 6/64, asunto Flaminio Costa v. ENEL), con un régimen de aplicabilidad específico que quedó fundamentado en la primacía del Derecho de la Unión directamente aplicable sobre los derechos nacionales<sup>8</sup>.

A salvo de las reservas existentes en el plano constitucional español, a las que más tarde me referiré con mayor detenimiento, y al margen de los remedios jurisdiccionales que los tratados contemplan para solventar tales incumplimientos de los Estados miembros ante el TJUE, el control de la aplicación del Derecho de la UE por los Estados miembros, no solo está en manos de la comisión, a través del instrumento del recurso por incumplimiento<sup>9</sup>, sino también de los particulares que, en el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva, pueden invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales los derechos que les concede el Derecho de la UE siempre y cuando gocen de aplicabilidad directa<sup>10</sup>.

Podemos decir que, en el momento actual, existe un convencimiento y una aceptación general de que en el caso en que una norma nacional (incluso aquellas que cuentan con rango de ley) se oponga al ordenamiento jurídico europeo, la obligación que pesa sobre el juez o tribunal nacional que se enfrenta a la tarea de resolver el litigio concreto en el que tal incompatibilidad se suscita, seleccionando la norma aplicable al caso, será la de, al menos<sup>11</sup>, inaplicar el derecho nacional que resulte incompatible con las disposiciones comunitarias, sin necesidad de plantear, con carácter previo y obligado, cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), ni tampoco cuestión de inconstitucionalidad de la ley interna, en el caso de que la norma involucrada ostentase tal rango, pues, como señalaba el TJCE en la Sentencia Simmenthal<sup>12</sup>, los jueces y tribunales nacionales *«cuando conocen de un asunto en el marco de su*

---

<sup>8</sup> El principio de primacía del Derecho de la UE forma parte del acervo comunitario incorporado a nuestro ordenamiento jurídico en virtud de la Ley Orgánica 10/1985.

<sup>9</sup> Regulado en los artículos 258 a 260 del TFUE.

<sup>10</sup> A tenor de la sentencia del TJCE de 9 de marzo de 1978 (asunto Simmenthal), *«la aplicabilidad directa, contemplada desde esta perspectiva, significa que las normas de Derecho comunitario deben surtir plenamente efecto, de manera uniforme en todos los Estados miembros, a partir de la fecha de su entrada en vigor y durante todo el período de su validez»*.

<sup>11</sup> Digo *«al menos»* porque en el caso en que la vulneración del Derecho comunitario se produjera por una norma de rango reglamentario, el juez nacional, siempre que ostentare la competencia para ello, además de inaplicar la disposición reglamentaria, debe declarar la nulidad de la misma. En este sentido, resulta muy clarificadora la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2002 (recurso nº 246/1997), que, más adelante, se analizará con mayor detalle.

<sup>12</sup> De 9 de marzo de 1978, ya referida.

*competencia, tienen por misión, en su calidad de órganos de un Estado miembro, la protección de los derechos concedidos a los particulares por el derecho comunitario».*

Sin embargo, se debe subrayar que no cualquier norma de la UE posee las cualidades necesarias para ser susceptible de invocación ante los órganos judiciales nacionales por los justiciables y para que estos jueces y tribunales puedan, por mor del principio de primacía, aplicarla, desplazando, en su caso, a la normativa interna que la contradiga. Tan poderoso efecto solo tienen la virtualidad de producirlo aquellas disposiciones normativas que gozan de eficacia directa, esto es, las que incorporan obligaciones con un contenido claro, preciso e incondicional, tal y como viene exigiendo el TJUE.

De lo hasta aquí dicho se desprende que la eficacia del Derecho de la UE directamente aplicable se encuentra regida por el principio de primacía ya apuntado, cuyo respeto se impone a todos los organismos, autoridades y órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, y que, en tanto criterio o regla de solución de conflictos de normas a aplicar en un caso concreto, se encuentra confiado, en última instancia, a los órganos judiciales nacionales ante los que se suscitan tales controversias, que son los primeros interpelados por los justiciables.

Decimos esto porque, a excepción de las acciones ejercidas directamente ante el TJUE con sustento en el referido recurso por incumplimiento (de las que están excluidos como accionantes los particulares), son tales jueces y tribunales los encargados de garantizar la correcta aplicación de las obligaciones y derechos directamente aplicables que se contienen en la normativa europea, aunque, para ello, deban tener siempre presente y respetar las exigencias y los imperativos formulados por el propio TJUE en los pronunciamientos emitidos cuando así se lo hayan reclamado estos u otros órganos judiciales nacionales en el marco de las cuestiones de interpretación y validez de la normativa comunitaria, pues no se puede olvidar que, conforme dispone el artículo 267 del TFUE, es el TJUE el único competente para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la interpretación de los tratados y sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la UE.

No obstante, el juez nacional, antes de decidir inaplicar una norma de derecho interno por estimarla contraria al Derecho de la UE, está obligado a hacer todo lo posible para, en la previa labor de búsqueda de su concreto alcance que debe realizar, tratar de conciliar sus contenidos con el texto y la finalidad de la norma de la UE en liza. Habrá, pues, de indagar sobre el sentido de las normas controvertidas, intentando, en todo caso, una lectura



e interpretación de la norma nacional de la que se derive su compatibilidad con la europea, lo que evitaría la drástica consecuencia que, en caso contrario, habría de adoptar. Nos movemos, pues, en el ámbito del principio de interpretación conforme con el derecho comunitario, de creación jurisprudencial<sup>13</sup>, cuyas posibilidades hermenéuticas deben tenerse siempre presentes por el juez nacional al tiempo de decidir sobre la norma aplicable al caso.

Por otro lado, la primacía solo se puede asegurar eliminando, a su vez, los obstáculos procedimentales que, en el plano nacional, puedan excluir o menoscabar la eficacia, para los particulares, de los derechos que se derivan del ordenamiento jurídico europeo<sup>14</sup>. Como ya expusimos, los Estados miembros constituyen instrumentos imprescindibles para la efectiva aplicación del Derecho de la UE en el ámbito interno. Cuando el ordenamiento jurídico europeo no haya previsto reglas aplicativas que permitan la canalización de tales derechos en el plano nacional, o cuando las previstas no sean suficientes o estén incompletas, los Estados miembros cuentan con autonomía, institucional y procedimental, para fijarlas, articulando los procedimientos destinados a garantizar la aplicación y salvaguardia de los derechos que se derivan para los particulares del efecto directo del Derecho de la UE, esto es, el efectivo ejercicio de las pretensiones que tienen su sustento en este, y designando, a su vez, las autoridades nacionales competentes para su conocimiento.

En este plano aplicativo, el TJUE, velando por la eficacia del Derecho de la UE, y procurando garantizar su aplicación plena y efectiva, ha desarrollado dos relevantes principios que, sobre la base del principio de cooperación leal, vienen a modular o atemperar esta autonomía de la que, en principio, gozan los Estados. Y así, en primer lugar, estaría el principio de

---

<sup>13</sup> El TJCE, en la sentencia de 13 de noviembre de 1990 (C-106/89, asunto Marleasing), señaló que *«la obligación de los Estados miembros, dimanante de una directiva, de alcanzar el resultado la misma prevé, así como su deber, conforme al artículo 5 del Tratado, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, con inclusión, en el marco de sus competencias, de las autoridades judiciales. De ello se desprende que, al aplicar el derecho nacional, ya sea disposiciones anteriores o posteriores a la directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado»*. En idénticos términos, cfr. apartado 26 de la sentencia de 14 de julio de 1994 (C-91/92, asunto Faccini Dori).

<sup>14</sup> Así lo afirma Campos Sánchez-Bordona, M., en su intervención en la mesa redonda sobre: La primacía del Derecho comunitario, en *«La articulación entre el Derecho comunitario y los Derechos nacionales: algunas zonas de fricción»*, Estudios de Derecho Judicial, 95-2006; p. 64.

equivalencia<sup>15</sup>, que impone a los Estados miembros igualdad de las reglas y remedios procesales internos disponibles para ejercitar las pretensiones basadas en el derecho nacional y las basadas en el derecho europeo, siempre que sean similares. Esto es, se proscribe que la regulación relativa a las acciones sustentadas en Derecho de la UE sea menos favorable que la que se aplica a acciones semejantes o análogas de naturaleza interna.

Por su parte, el principio de efectividad, en tanto segundo de los principios que condicionan la autonomía procedimental de los Estados miembros, proscribe que las normas internas adoptadas por estos en el ejercicio de esa autonomía hagan especialmente difícil o imposible, en la práctica, el ejercicio de los derechos que surgen de las normas de la UE.

Y si bien estos principios, como decimos, vinculan, en primera instancia, a los poderes normativos de los Estados miembros al tiempo de promulgar las normas nacionales de ejecución de las obligaciones derivadas del derecho europeo, es claro que, en última instancia, también habrá de entenderse que van dirigidos al aplicador del derecho y, muy concretamente, a los jueces y tribunales nacionales, que los tendrán que tener siempre presentes a fin de maximizar la operatividad y eficacia del ordenamiento de la UE, garantizando que los condicionamientos procesales que haya fijado cada Estado miembro para el ejercicio de las acciones de los particulares en que invoquen aquel no incidan negativamente en el otorgamiento del derecho a la tutela judicial efectiva que ostentan, ni en la efectividad del Derecho de la UE.

El lógico colofón a este complejo sistema cuya única finalidad es garantizar la efectividad y la aplicación uniforme del Derecho de la UE lo constituye el principio de responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho de la UE, proclamado, por primera vez, por el TJCE en su sentencia de 19 de noviembre de 1991 (C-6/90 y 9/90, asunto Francovich) y que va a permitir a los particulares reaccionar frente a la actuación de un Estado miembro contraria al ordenamiento jurídico europeo, articulando pretensiones indemnizatorias de los daños por ellos padecidos a consecuencia de tal conculcación, incluso en los casos en que la norma infringida no goce de efecto directo y, en conse-

---

<sup>15</sup> Fue proclamado, con carácter general, por el TJCE en la sentencia de 7 de julio de 1981, asunto 158/80, en cuya conclusión 7 se declaró que *«El sistema de protección jurídica implantado por el tratado, tal como se expresa, en particular, en el artículo 177, supone que cualquier acción contemplada en el derecho nacional debe poder ejercitarse ante los órganos jurisdiccionales nacionales para garantizar el respeto de las normas comunitarias de efecto directo en las mismas condiciones de admisibilidad y procesales que se aplicarían si se tratara de garantizar el respeto del derecho nacional»*.

cuencia, no pueda ser invocada directamente por el justiciable ante el juez nacional<sup>16</sup>.

En el ámbito de esta responsabilidad, y a diferencia de lo que ocurre en el caso de la UE, respecto de la que el actual artículo 340 del TFUE, y anteriormente el artículo 288 del TCE, han venido contemplando expresamente tanto su responsabilidad extracontractual, como la obligación que sobre ella recae de reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, los tratados no contienen, ni han contenido, ninguna previsión explícita en idéntico o semejante sentido en relación con la responsabilidad de los Estados miembros.

Sin embargo, esa ausencia de regulación expresa no impidió, como ya hemos referido, que el entonces TJCE, en el ejercicio de las competencias de interpretación y aplicación de los tratados que le eran propias, consagrara el principio de responsabilidad de los Estados miembros por infracción del derecho europeo, reconociendo un derecho a la indemnización que, según la propia sentencia del asunto Francovich reconoce, «*está basado directamente en el Derecho comunitario*»<sup>17</sup>, proclamándose, desde esa primera sentencia, que dicho principio de responsabilidad era inherente al sistema del tratado.

Esta relevante conclusión la alcanza el TJCE derivándola, a su vez, de otros dos principios del Derecho de la Unión, como es el de la plena efectividad de las normas que lo integran (que incluye la protección de los derechos que, en su caso, confieran estas a los particulares) y el de cooperación leal de los Estados miembros para con la Unión (en la actualidad, reconocido expresamente en el artículo 4.3 del Tratado de la Unión Europea, y anteriormente en el artículo 10 del TCE.). En palabras del propio Tribunal de Justicia «*la plena eficacia de las normas comunitarias se vería cuestionada y la protección de los derechos que reconocen se debilitaría si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos son lesionados por una violación del Derecho comunitario*»<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> La primera sentencia que ilustra lo que se acaba de decir es, precisamente, aquella en la que el TJCE proclamó, por primera vez, dicho principio de responsabilidad. Es en la sentencia del asunto Francovich, en la que el TJCE, tras proclamar que la Directiva 80/987/CEE debe interpretarse en el sentido de que los interesados, a falta de medidas de ejecución adoptadas por los Estados en el plazo señalado, no pueden invocar los derechos de los trabajadores que en ella se definen ante los órganos jurisdiccionales nacionales, debido al carácter insuficientemente preciso e incondicional de las disposiciones de la directiva, no duda en concluir, a continuación, que «*un Estado miembro está obligado a reparar los daños que resultan para los particulares de la no adaptación del derecho nacional a la Directiva 80/987/CEE*».

<sup>17</sup> Apartado 41 de la sentencia del asunto Francovich.

<sup>18</sup> Apartado 20 *in fine* de la sentencia de 5 de marzo de 1996.

Dicha fundamentación fue posteriormente ampliada por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 5 de marzo de 1996 (asuntos C-46/93 y C-48/93, asunto Brasserie du Pêcheur y Factortame), en la que, a los anteriores argumentos, adicionó la naturaleza de «*principio general conocido en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, conforme al cual una acción u omisión ilegal produce la obligación de reparar el perjuicio causado*».

Este principio de responsabilidad, según proclama el TJUE, no tiene como objetivo «*la disuasión o la imposición de una sanción, sino la reparación de los daños sufridos por los particulares como consecuencia de las infracciones del Derecho comunitario por parte de los Estados miembros*»<sup>19</sup>. Esto es, no se busca con él la imposición de un castigo, ni tampoco se erige en instrumento de presión al Estado miembro para que adapte su ordenamiento jurídico, sin más dilación y correctamente, al derecho europeo. Su objetivo, según declara el TJUE, es «*asegurar*» la resarcibilidad de los daños que, en principio, hayan sufrido los particulares con ocasión de las actuaciones u omisiones de los Estados miembros que contravengan el Derecho de la Unión Europea<sup>20</sup>.

Y ese derecho a la reparación del daño ocasionado debe quedar garantizado «*sea cual fuere la autoridad pública que haya incurrido en dicho incumplimiento y sea cual fuera aquella a la que, con arreglo al derecho del Estado miembro afectado, le corresponda en principio hacerse cargo de dicha reparación*»<sup>21</sup>. Se plantea, en consecuencia, una acción de responsabilidad contra los Estados miembros infractores considerados estos como una unidad: resulta irrelevante para el éxito o fracaso de la misma quien fue el órgano concreto causante del daño o al que se pueda imputar la ilegalidad, pues es el propio Estado miembro, en cuanto tal, quien se encuentra obligado a hacer frente a la indemnización.

Desde el punto de vista procedimental, la designación de los órganos jurisdiccionales competentes y de las reglas procesales que habrán de regir las acciones de responsabilidad que, en su caso, se traben ante los Tribuna-

---

<sup>19</sup> Así se proclama, con carácter preliminar al análisis de la cuestión prejudicial planteada, en el apartado 88 de su sentencia (Gran Sala) de 17 de abril de 2007, asunto C-470/03, AGM-COS.MET Srl.

<sup>20</sup> Entrecorramos el verbo toda vez que no todas las infracciones del Derecho de la Unión por los Estados miembros habrán de comportar necesariamente el resarcimiento de los daños y perjuicios causados a los particulares. A la vista de los requisitos sustantivos sobre los que el TJUE ha sustentado el principio de responsabilidad de los Estados miembros (muy en concreto, el que exige que la violación de la norma europea sea suficientemente caracterizada), es evidente que no todas las actuaciones u omisiones ilegales serán resarcidas por los Estados a los particulares, sino solo aquellas que superen ese umbral o margen de gravedad que viene siendo exigido.

<sup>21</sup> Apartado 62 de la sentencia de 1 de junio de 1999 (C-302/97, asunto Ponle).

les nacionales por los particulares afectados frente a los Estados miembros, así como los criterios que permitan determinar la cuantía de la indemnización deben ser adoptados, a falta de normativa de la UE en la materia, en clave nacional, determinándose por cada Estado miembro en su legislación interna en virtud del principio de autonomía procesal y siempre condicionado, como ya expusimos, por los principios de equivalencia y efectividad antes referidos<sup>22</sup>.

Desde la perspectiva material, una vez sea accionada la pretensión resarcitoria, los requisitos sustantivos que deben concurrir para que los Estados miembros deban reparar a los particulares los daños y perjuicios sufridos por infracción del Derecho de la UE son los siguientes: 1) que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, 2) que la violación esté suficientemente caracterizada; y 3) que exista una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las víctimas<sup>23</sup>.

Estos tres conceptos son propios y exclusivos del Derecho de la UE, pues fueron creados y desarrollados por el TJUE ex artículo 340 del TFUE, antes citado (anterior artículo 288 TCE), en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las instituciones de la Unión Europea por incumplimiento del derecho europeo, habiéndose trasladado por el propio Tribunal de Justicia (y no sin críticas) también al ámbito de la responsabilidad de los Estados miembros, lo que confiere unidad y homogeneidad al conjunto del sistema de responsabilidad patrimonial del Derecho de la Unión Europea<sup>24</sup>, al aplicarse los mismos requisitos a la responsabilidad que se pueda derivar tanto de los incumplimientos procedentes de los Estados miembros como de las instituciones europeas.

Hemos expuesto, brevemente y en esencia, cuáles serían los principios esenciales que presiden las relaciones entre el Derecho de la Unión

---

<sup>22</sup> Resulta en este punto particularmente interesante la sentencia del TJUE de 26 de enero de 2010 (C-118/08, asunto transportes urbanos), en la que, dando respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el propio Tribunal Supremo, se declaró contrario al principio de equivalencia y, por tanto, al Derecho de la UE la interpretación que nuestro Alto Tribunal venía realizando en lo concerniente a los requisitos procesales aplicables a las acciones de responsabilidad contrarias al Derecho de la UE (en concreto, la exigencia del previo agotamiento de la vía administrativa y judicial previa), pues se estimó que comportaba un trato menos favorable al administrado que sustentaba su acción en el Derecho europeo que el que se dispensaba a las acciones de responsabilidad por leyes inconstitucionales, respecto de las que no se exigía tal agotamiento.

<sup>23</sup> Así lo exige, por primera vez, el apartado 51 de la sentencia de TJCE de 5 de marzo de 1996 (asuntos C-46/93 y C-48/93, asunto Brasserie du Pêcheur y Factortame).

<sup>24</sup> Cfr. Guichot Reina, E.: La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho comunitario, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 679 y ss.

Europea y el derecho de los Estados miembros (primacía, eficacia directa, equivalencia, efectividad y responsabilidad de los Estados miembros). En relación con ellos, se ha de subrayar que su consagración y desarrollo se debe a la labor jurisprudencial desarrollada, desde que las entonces Comunidades Europeas se pusieron en marcha, por el TJUE, labor que, por el contrario, no ha tenido el debido reflejo en los tratados puesto que, más allá del principio de cooperación leal referido en el ya citado artículo 4.3 del TUE, ni los tratados originales ni las sucesivas reformas en ellos realizadas han incluido en su articulado mención expresa de los mismos<sup>25</sup>.

Realizaremos, seguidamente, un análisis más detallado de dos de los principios antes referidos, centrando nuestra atención en el principio de eficacia directa y en el de primacía y en la forma en que dichos principios y, en general, el Derecho de la UE se proyecta en nuestro ordenamiento jurídico.

## 2. EFICACIA DIRECTA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

La posibilidad de aplicar el Derecho de la UE en los Estados miembros, con independencia de la existencia o no de previsiones al respecto *in foro domestico*, no admite discusión cuando la norma jurídica en liza es un reglamento. En este sentido, la eficacia directa de los reglamentos se proclama, directamente y sin ambages, en el artículo 288 del TFUE, que

---

<sup>25</sup> No obstante, se debe destacar que la Declaración nº 17 aneja al Acta Final de la Conferencia Intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa, lleva por título «17. Declaración relativa a la primacía». Su contenido es del siguiente tenor:

*«La Conferencia recuerda que, con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los tratados y el derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia.*

*Además, la Conferencia ha decidido incorporar a la presente Acta Final el dictamen del Servicio Jurídico del Consejo sobre la primacía, tal como figura en el documento 11197/07 (JUR 260):*

*“Dictamen del Servicio Jurídico del Consejo de 22 de junio de 2007.*

*Resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la primacía del Derecho comunitario es un principio fundamental del Derecho comunitario. Según el Tribunal de Justicia, este principio es inherente a la naturaleza específica de la Comunidad Europea. En el momento de la primera sentencia de esta jurisprudencia constante (Costa/ENEL, 15 de julio de 1964, asunto 6/641) el tratado no contenía mención alguna a la primacía, y todavía hoy sigue sin contenerla. El hecho de que el principio de primacía no esté incluido en el futuro tratado no cambiará en modo alguno la existencia de este principio ni la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia”».*

define a tales instrumentos como directamente aplicables en cada Estado miembro<sup>26</sup>.

Por tanto y puesto que, desde el momento en que son publicados en el Diario Oficial de la UE, los reglamentos quedan integrados en el ordenamiento jurídico nacional, ningún problema existe para que los ciudadanos puedan invocar directamente ante los órganos judiciales nacionales las concretas medidas y regulaciones que ellos contienen<sup>27</sup>.

No obstante, no podemos olvidar que existen en la práctica reglamentos que no son directamente aplicables en sede interna, pues la ejecución de alguna o algunas de sus disposiciones precisa del complemento normativo de los Estados miembros, que habrán de adoptar medidas que desarrollen e implementen («*mise en oeuvre*») aquellas previsiones. En estos casos, el TJUE ha descartado que los particulares puedan invocar ante los órganos judiciales nacionales derechos derivados de esas disposiciones. Así lo declaró en la sentencia de 11 de enero de 2011 (C- 403/98, asunto Monte Arcosu), en la que, tras señalar que «*en razón de la propia índole de los reglamentos, y de su función en el sistema de las fuentes del Derecho comunitario, sus disposiciones tienen, por lo general, un efecto inmediato en los ordenamientos jurídicos nacionales, sin que sea preciso que las autoridades nacionales adopten medidas de aplicación*», puntualizó, a continuación, que «*algunas de sus disposiciones pueden requerir, para su ejecución, la adopción de las medidas de aplicación por los Estados miembros*», resultando que, en esos casos, y «*habida cuenta del margen de apreciación de que disponen los Estados miembros para ejecutar las citadas disposiciones, no puede considerarse que los particulares puedan invocar derechos derivados de las citadas disposiciones a falta de medidas de aplicación adoptadas por los Estados miembros*».

Al margen de los reglamentos, cuyas previsiones, como acabamos de ver, solo residualmente no generan efecto directo, más controvertido y problemático resultó conferir tal eficacia directa al derecho originario, así como a determinadas disposiciones de derecho derivado, tales como las directivas.

La primera vez que el TJCE reconoció la posibilidad a los ciudadanos de invocar directamente ante los órganos judiciales nacionales el Dere-

---

<sup>26</sup> Dice dicho precepto que «*el reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable a cada Estado miembro*».

<sup>27</sup> Así lo proclamaba el TJCE en la sentencia de 4 de diciembre de 1974 (41/74, asunto Van Duyn) cuando decía que «*considerando, sin embargo, que si bien en virtud de las disposiciones del artículo 189 los reglamentos son directamente aplicables y, por consiguiente, por su propia naturaleza pueden tener efecto directo (...)*».

cho comunitario, más en concreto el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea y su artículo 12 (que imponía una obligación a los Estados miembros de abstención de establecer nuevos derechos de aduana, importación y exportación o exacciones...), fue en su sentencia de 5 de febrero de 1963 (26/62, asunto Van Gend & Loos), que concluyó que dicho artículo «*produce efecto directo y crea derechos individuales que los tribunales nacionales deben proteger*», pues, tras analizar su texto, apreció que «*contiene una prohibición clara e incondicional que es una obligación no positiva, sino negativa*»<sup>28</sup>. Tras esa sentencia han sido otras muchas las que han apreciado que concretos artículos contenidos en los tratados son susceptibles de generar ese efecto directo que permite a los particulares acudir a los Tribunales nacionales y sustentar sus pretensiones en tales preceptos.

Por su parte, las directivas, a diferencia de los reglamentos, constituyen un instrumento normativo caracterizado por la necesidad de trasposición interna<sup>29</sup>, no desplegando, en principio, por sí mismas plenitud de efectos jurídicos. Esta intermediación normativa estatal que resulta precisa para que una directiva pueda desplegar plena eficacia provoca que, en principio, no se pueda hablar de su aplicabilidad directa. Y es que, según prevé el artículo 288 del TFUE, el único elemento claramente vinculante de las directivas para los Estados miembros es la necesidad de alcanzar el resultado previsto en ellas, gozando de libertad en cuanto a las formas y medios de desarrollo de las mismas<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Entre sus razonamientos, la referida sentencia proclamaba que «*la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho Internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no solo los Estados miembros, sino también sus nacionales; que, en consecuencia, el derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico; que esos derechos nacen no solo cuando el tratado los atribuye de modo explícito, sino también en razón de obligaciones que el tratado impone de manera perfectamente definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las instituciones comunitarias*».

<sup>29</sup> Establece el artículo 288 del TFUE que «*la directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios*».

<sup>30</sup> Esta aparente libertad de los Estados ha sido matizada por el TJCE que, ya desde su sentencia de 8 de abril de 1976 (48/75, asunto Royer) declaró la «*obligación que tienen los Estados miembros en el marco de libertad que les reconoce el artículo 189, de elegir las formas y medios más adecuados para garantizar el efecto útil de las directivas, habida cuenta del objeto de estas*», para, posteriormente, puntualizar en su sentencia de 6 de mayo de 1980 (102/79, asunto Comisión v. Bélgica) que el instrumento efectivamente escogido por el Estado debe responder «*a las exigencias de claridad y certidumbre de las situaciones queridas por la Directiva*».



Por tanto, en los casos en que los Estados miembros hayan asegurado, con diligencia y acierto, el contenido y resultado de una directiva, transponiéndola correctamente en su derecho interno, no cabe hablar del efecto directo de sus disposiciones, ni de la posibilidad de su invocación por los particulares ante los jueces y tribunales nacionales, ya que los derechos y, en su caso, obligaciones en ella contenidos deben aflorar en el proceso judicial sobre la base de la regulación contenida en la norma interna de trasposición.

Fuera de estos supuestos, cabría preguntarse si existe alguna manera de que una directiva inejecutada o ejecutada indebidamente por un Estado miembro (lo que, por desgracia, no constituye un supuesto infrecuente en la práctica), pudiera ser invocada directamente en un proceso nacional por un particular frente al Estado infractor a fin de que aquel pueda hacer valer los derechos que sus disposiciones le concede frente a este.

La respuesta afirmativa a dicho interrogante comenzó a gestarse con la sentencia de 6 de octubre de 1970 (9/70, asunto Franz Grad), en la que el TJCE ya señaló que la directa aplicabilidad del reglamento y, por consiguiente, la posibilidad de que produzcan efecto directo sus disposiciones, no implica que otras categorías de actos normativos (directivas y decisiones) no pudieran producir efectos análogos, proclamando que *«en el caso de que las autoridades comunitarias, mediante decisión, hayan obligado a uno o a todos de los Estados miembros a adoptar un comportamiento determinado, el efecto útil de dicho acto se debilitaría si a los nacionales del Estado de que se trate se les privara de la posibilidad de invocarlo ante los órganos jurisdiccionales de dicho Estado y estos no pudieran tomarlo en consideración como elemento integrante del Derecho comunitario»*.

En concreto, la eficacia directa de las directivas, como tal norma jurídica, fue proclamada, años después, por el TJCE en la sentencia de 4 de diciembre de 1974 (41/74, asunto Van Duyn). En ella, y en los otros pronunciamientos que la han sucedido, el TJUE ha venido declarando la posibilidad de que las directivas pudieran ser directamente aplicadas en los Estados miembros en supuestos de falta de ejecución o de ejecución incorrecta, pues, según se razona en dicha sentencia, *«sería incompatible con el efecto obligatorio que el artículo 189 otorga a la directiva excluir, en principio, la posibilidad de que los afectados puedan alegar dicha obligatoriedad»*, además de que *«el efecto útil de dicho acto quedaría debilitado si se impediera que los justiciables la invocasen ante los órganos jurisdiccionales nacionales y que estos la tuvieran en cuenta como elemento del Derecho comunitario»*.

No obstante, y al igual que, como antes vimos, exigió el TJUE para la directa aplicabilidad de los tratados, también se precisa que las concretas disposiciones de las directivas invocadas por el particular presenten un contenido incondicional (no sujeto a ninguna condición ni subordinadas, en su ejecución o en sus efectos, a la adopción de ningún acto de las instituciones de la Comunidad o de los Estados miembros) y suficientemente preciso (imponiendo una obligación en términos inequívocos)<sup>31</sup>, lo que nos sitúa en el ámbito de las denominadas «*Directivas detalladas*», respecto de las cuales, en caso de inejecución o ejecución defectuosa, el TJUE ha venido admitiendo plenamente su invocabilidad por los particulares frente al Estado y que los órganos judiciales nacionales las puedan tomar en consideración, aplicándolas, pues se entiende que ninguna modificación o variación podría presentar la norma nacional respecto del contenido de las disposiciones de una directiva que presentaran esos caracteres de incondicionalidad y precisión.

Sin embargo, es importante recalcar que el efecto directo que pueden desplegar las directivas es menor, o, si se quiere, más limitado, que el que se reconoce a los tratados y reglamentos. El camino que pueden recorrer las disposiciones de las directivas cuando son incondicionales y precisas, tal y como se ha señalado<sup>32</sup>, es exclusivamente unidireccional: solo pueden generar derechos del particular frente al Estado, pero no engendrar obligaciones para aquel frente al Estado, que no puede invocar las obligaciones que, en su caso, una directiva no traspuesta o incorrectamente incorporada al derecho interno imponga a los particulares, ya que no se puede beneficiar de su propio incumplimiento<sup>33</sup>. Tampoco puede producir efectos ho-

---

<sup>31</sup> Aunque el TJCE en alguno de sus pronunciamientos, además de la precisión e incondicionalidad de su contenido, vino también requiriendo la claridad del contenido de las directivas (por ejemplo, en su sentencia de 22 de septiembre de 1983, 271/82, asunto Auer), tal exigencia ha terminado finalmente por desaparecer.

<sup>32</sup> Cfr. Mangas Martín, A. y Liñan Nogueras, D.: *Instituciones y Derecho...*, op. cit., págs. 373 y 374.

<sup>33</sup> En este sentido, la sentencia del TJCE de 11 de junio de 1987 (asunto 14/86) expresa dicho efecto en sus apartados 19 y 20, cuando señala que «a este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha decidido en su sentencia de 26 de febrero de 1986 (Marshall, 152/84, Rec. 1986, pp. 723 y ss., especialmente p.737) “que una directiva no puede crear por sí misma obligaciones a cargo de un particular, y que lo dispuesto en una directiva no puede ser invocado como tal contra dicha persona”. De una directiva no incorporada al ordenamiento jurídico interno de un Estado miembro no pueden derivarse pues obligaciones para los particulares frente a otros particulares ni, con mayor razón, frente al propio Estado.

20. En consecuencia, procede responder a la segunda cuestión que la Directiva 78/659 del Consejo, de 18 de julio de 1978, no puede producir el efecto, por sí misma y con independencia de una ley interna de un Estado miembro adoptada para su aplicación, de determinar o agravar la responsabilidad penal de los que infringen sus disposiciones».

rizontales, no aceptándose, con carácter general, que tales clases de directivas puedan ser invocadas por un justiciable frente a otros particulares<sup>34</sup>.

Al margen de los ya expuestos, son muchos los matices y particularidades que la directa aplicabilidad de las directivas presenta, lo que ha llevado al TJUE a tener que analizar tales normas jurídicas desde diversas perspectivas. De todos estos aspectos, no podemos finalizar este epígrafe sin hacer una breve referencia a la noción amplia que ha venido manejando el TJUE de lo que se ha de entender por Estado, lo que, desde la perspectiva del efecto directo unidireccional que, como acabamos de exponer, únicamente pueden desplegar las directivas, presenta singular relevancia; y así, para el TJUE dicho concepto ha de abarcar el conjunto de los orga-

---

En idéntico sentido se han pronunciado, entre otras, las sentencias del TJCE de 8 de octubre de 1987 (80/86, asunto *Kolpinghuis Nijmegen BV*, apartado 14) y de 3 de mayo de 2005 (C-387/02, C-391 y C-403/02, asunto *Silvio Berlusconi*, apartados 73 y 74).

<sup>34</sup> En relación con esto último, la sentencia del TJCE de 14 de julio de 1994 (C-91/92, asunto *Faccini Dori*), tras reconocer que los artículos 1.1, 2 y 5 de la Directiva controvertida 85/577/CEE del Consejo, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, son incondicionales y suficientemente precisos por los que respecta a la determinación de los beneficiarios y al plazo mínimo en que debe notificarse la renuncia a los contratos, descarta que tales preceptos puedan ser invocados por los consumidores frente a los comerciantes ante un órgano jurisdiccional nacional, recordando su jurisprudencia que ciñe la posibilidad de invocar las directivas detalladas solo frente al Estado. No obstante, recuerda, seguidamente, la obligación que tienen los órganos jurisdiccionales nacionales de interpretar el derecho nacional conforme al Derecho de la UE y, para el caso en que no pudiera alcanzarse el resultado perseguido por la directiva mediante la interpretación, el deber que pesa sobre ellos de garantizar, con arreglo al derecho nacional sobre responsabilidad, el derecho a la reparación de los daños sufridos por los consumidores debidos al incumplimiento del Estado de la obligación que le incumbía de adaptar al derecho interno la directiva.

No obstante lo dicho, resulta evidente que, en algunos supuestos, la directa aplicación al Estado incumplidor de una directiva no traspuesta o incorrectamente ejecutada, no solo habrá de generar obligaciones a sus autoridades públicas en relación con el particular que la invocó ante los órganos judiciales internos, para oponerse a la aplicación de la normativa nacional contraria a aquella, sino que, en ocasiones, habrá de desplegar efectos perjudiciales o negativos, que podemos denominar secundarios, colaterales o indirectos, respecto de otros particulares. Este sería el caso de las directivas en materia de contratación pública (vulneración por el órgano de contratación de las directivas sobre la materia que, sin duda, tendrá incidencia en el licitador que resultó adjudicatario del contrato), seguros (normativa nacional que exime de responsabilidad a la aseguradora y que resulta contraria a una directiva) o de medioambiente (autorización y ejecución de proyectos sobre medioambiente sin contar con la obligatoria evaluación de impacto ambiental prevista en una directiva), en los que, pese a estarse ante un litigio vertical (un justiciable que reclama el cumplimiento de una directiva no traspuesta o incorrectamente implementada frente al Estado infractor), cuando las autoridades públicas se vean obligadas a dar cumplimiento a las obligaciones en tales normas impuestas, ello llevará aparejado ineludibles efectos secundarios para otros particulares, que tienen obligación de soportar, aunque dichas directivas no se hayan invocado directamente frente a estos.

nismos de la Administración Pública, cualquiera que sea su forma jurídica y tanto si actúan en su calidad de autoridad pública, como en calidad de empresario<sup>35</sup>.

También el Tribunal de Justicia se ha decantado por manejar un concepto amplio de lo que constituye un «*particular*», pues ha llegado incluso a admitir que un Ayuntamiento pueda invocar una directiva frente a un Gobierno central<sup>36</sup>.

### 3. LA PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

El principio de primacía se perfila como una exigencia existencial del Derecho de la UE, a fin de lograr, en la práctica, el efecto directo y la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico europeo en todos los Estados miembros<sup>37</sup>.

Siguiendo lo dictaminado por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 9 de marzo de 1978 (106/77, asunto Simmenthal), ya referida, dicho principio supone que «*los jueces nacionales encargados de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones de Derecho comunitario, están obligados a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que estén obligados a solicitar o a esperar la derogación previa por estas por vía legislativa o mediante otro procedimiento constitucional*»; en otras palabras, que el parámetro de validez de las normas de la Unión Europea es el propio ordenamiento jurídico europeo, con los tratados en su cúspide, y no los ordenamientos jurídicos nacionales<sup>38</sup>.

Veremos, a continuación, la proyección y alcance de dicho principio en el ordenamiento jurídico español, en concreto sobre la Constitución española, sus leyes y reglamentos.

---

<sup>35</sup> En este sentido, sentencias del TJCE de 12 de julio de 1990 (C-188/89, asunto Foster) y de 2 de agosto de 1997 (C-271/91, asunto Marshall).

<sup>36</sup> Véase sentencia de 17 de octubre de 1989 (asunto n° 231/87 y 129/88, Ufficio distrettuale delle imposte dirette di Fiorenzuola d'Arda y otros contra Comune di Carpaneto Piacentino y otros).

<sup>37</sup> Cfr. De Mendizabal Allende, R., en su intervención en la mesa redonda sobre «La primacía del Derecho comunitario» en «La articulación entre el Derecho comunitario...» op. cit. supra.

<sup>38</sup> Cfr. Alonso García, R.: Sistema Jurídico de la Unión Europea; Ed. Thomson Reuters, 2014, p. 321.

### 3.1. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA VERSUS CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Pese a que, atendida la frase «*cualquiera que sea esta*» que emplea el Tribunal de Justicia en la sentencia de 15 de julio de 1964 (asunto Flaminio Costa) antes citada<sup>39</sup>, cabría pensar que la primacía del Derecho de la UE es absoluta frente a los ordenamientos jurídicos nacionales, lo cierto es que nuestro Tribunal Constitucional no ha dudado en advertir que esa primacía europea encuentra un límite claro e insoslayable en el texto constitucional.

Y es que, como atinadamente se ha señalado, desde la perspectiva constitucional, «*una cosa es mantener que el parámetro de la validez del Derecho comunitario derivado deba ser el Tratado constitutivo, abstracción hecha de los derechos nacionales, incluidos los textos constitucionales, y otra bien distinta sostener que el propio Tratado constitutivo –y en su caso el derecho derivado por él respaldado a la luz de los pronunciamientos del TJCE– escape del parámetro de las Constituciones nacionales*»<sup>40</sup>.

Frente a la primacía del Derecho de la Unión Europea, nuestro Tribunal Constitucional viene oponiendo, ya desde su Declaración nº 1/1992, de 1 de julio, la supremacía de la Constitución española, entendiendo que una y otra son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> El pasaje completo de dicha sentencia es que «*considerando que del conjunto de estos elementos se desprende que al derecho creado por el tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original una norma interna, cualquiera que sea esta, ante los órganos jurisdiccionales*».

<sup>40</sup> Cfr. Alonso García, R.: *El juez español y el Derecho comunitario*, Ed. Tirant Monografías, 2003, p. 116.

<sup>41</sup> Señala el Tribunal Constitucional en su Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, que «*primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquella, en el de la aplicación de normas válidas; esta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de estas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquella. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones. Toda supremacía implica, en principio, primacía (de ahí su utilización en ocasiones equivalente, así en nuestra Declaración 1/1992, DTC 1/1992 FJ 1), salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación. La supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su art. 93, mediante el cual es posible la cesión de competencias derivadas de la Constitución a favor de una institución internacional así habilitada constitucionalmente para la disposición normativa de materias hasta entonces reservadas a los poderes internos constituidos y para su aplicación a estos. En suma, la Constitución*

Como señaló en su más reciente Declaración nº 1/2004, de 13 de diciembre, «*que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento español es cuestión que, aun cuando no se proclame expresamente en ninguno de sus preceptos, se deriva sin duda del enunciado de muchos de ellos, entre otros de sus arts. 1.2, 9.1, 95, 161, 163, 167, 168 y disposición derogatoria, y es consustancial a su condición de norma fundamental; supremacía o rango superior de la Constitución frente a cualquier otra norma, y en concreto frente a los tratados internacionales, que afirmamos en la Declaración 1/1992. Pues bien, la proclamación de la primacía del Derecho de la Unión por el art. 1-6 del Tratado no contradice la supremacía de la Constitución*».

Dejaremos al margen de este análisis la forma en que la supremacía de la Constitución española se proyecta en relación con las posibles dudas de constitucionalidad que se puedan suscitar *ex ante* entre los tratados y el texto constitucional, pues el procedimiento de «*defensa preventiva*»<sup>42</sup> establecido en el artículo 95.2 de la misma (regulado en el artículo 78 de la Ley Orgánica 2/1979, de 2 de octubre, del Tribunal Constitucional), hace posible que las contradicciones que, en principio, puedan darse entre ambos textos queden resueltas en un momento anterior al de ratificación «*de manera que, de conformarse aquellas, esta queda impedida en tanto no se revise el texto constitucional o se renegocie el tratado en términos que lo hagan compatible con la Constitución*»<sup>43</sup>. Con ello, evidentemente, se busca que el tratado, caso de ser ratificado, pueda gozar de una estabilidad plena, evitándose así, precisamente, que «*la contradicción advertida entre la norma suprema, de un lado, y una norma todavía no integrada en el sistema regido por aquella, de otro, llegue a sustanciarse en una contradicción entre la Constitución y una norma internacional incorporada a nuestro ordenamiento*»<sup>44</sup>.

Pero, para el caso en que tal circunstancia, en hipótesis altamente improbable (o «*difícilmente concebible*» en palabras de Tribunal Constitucional) sucediera una vez integrados los tratados en el ordenamiento español, la postura del Tribunal Constitucional es clara. Si un juez nacional apre-

---

*ha aceptado, ella misma, en virtud de su art. 93, la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a ese Derecho le es propio, según se reconoce ahora expresamente en el art. 1-6 del Tratado*».

<sup>42</sup> Así lo califica De Mendizabal Allende, R., en su intervención en la mesa redonda sobre «La primacía del derecho comunitario» en «La articulación entre el Derecho comunitario...» op. cit. supra. pp. 41 a 57.

<sup>43</sup> Como expresamente señala el Tribunal Constitucional en su Declaración nº 1/2004, de 13 de diciembre.

<sup>44</sup> Declaración nº 1/2004.

ciara contradicciones entre el Derecho de la UE derivado y la Constitución española que, a su vez, no fueran corregidas a la luz de las disposiciones de los tratados por el Tribunal de Justicia en el marco de la cuestión prejudicial de validez que dicho juez nacional necesariamente habría de plantear<sup>45</sup>, «*la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que este se ha dado podrían llevar a este Tribunal [Constitucional] a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran*»<sup>46</sup>.

Esto es, una vez cotejada por el TJUE la validez del Derecho de la Unión Europea derivado a la luz de la confrontación efectuada con los propios tratados, serían estos, los tratados, los que quedarían sometidos, a través del necesario planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad del tratado por el juez nacional, al control de constitucionalidad por el máximo intérprete de la Constitución española<sup>47</sup>.

Por tanto, para nuestro Tribunal Constitucional, la primacía del tratado y del derecho derivado no podría llegar a alcanzar al texto constitucional por mor de la supremacía de este último. La primacía, así, «*se contrae expresamente al ejercicio de las competencias atribuidas a la Unión Europea. No es, por tanto, una primacía de alcance general, sino referida exclusivamente a las competencias propias de la Unión*», y opera, por tanto, «*respecto de competencias cedidas a la Unión por voluntad soberana del Estado y también soberanamente recuperables a través del procedimiento de “retirada voluntaria” previsto en el artículo 1-60 del Tratado*»<sup>48</sup>.

### 3.2. LEYES Y REGLAMENTOS NACIONALES CONTRARIOS AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

De lo hasta ahora dicho, se desprende, con claridad, que es en el campo de las normas infraconstitucionales donde, en lo que a nuestro ordenamiento jurídico se refiere, el principio de primacía ha de desplegar plenos efectos<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> La sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional nº 26/2014, de 13 de febrero, declaró que «*no le corresponde, por tanto, a este tribunal realizar un control de validez del derecho adoptado por las instituciones de la Unión, control que debe realizar, en todo caso, al Tribunal de Justicia al resolver; entre otros procesos, las cuestiones prejudiciales de validez que, en su caso, se le planteen*».

<sup>46</sup> Declaración nº 1/2004.

<sup>47</sup> Cfr. Alonso García, R.: «El juez español...», op. cit., pp. 120 y 121.

<sup>48</sup> La posibilidad de retirada voluntaria de un Estado miembro de la Unión Europea está actualmente prevista en el artículo 50 del TUE.

<sup>49</sup> No obstante, podría darse el caso de que una ley o norma con dicho rango derogara, modificara o suspendiera cláusulas o artículos de los tratados con posterioridad a la integración de estos en el ordenamiento jurídico español. En tales casos, el Tribunal

Ya hemos indicado que resulta incuestionable que, desde el momento de la integración en las Comunidades Europeas, cualquier juez o tribunal nacional que aprecie una contradicción entre la norma nacional y la norma de la UE aplicable al caso está obligado a desplazar e inaplicar la norma interna a favor del Derecho de la Unión, pues así se viene declarando por el TJUE desde la sentencia de 15 de julio de 1964, ya citada, y ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en, entre otras, su Sentencia nº 145/2012, de 2 de julio<sup>50</sup>.

En palabras del propio Tribunal Constitucional pronunciadas en dicha sentencia, *«los jueces y tribunales ordinarios de los Estados miembros, al enfrentarse con una norma nacional incompatible con el Derecho de la Unión, tienen la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de Derecho de la Unión (...). Esta obligación, cuya existencia es inherente al principio de primacía antes enunciado, recae sobre los jueces y tribunales de los Estados miembros con independencia del rango de la norma nacional, permitiendo así un control desconcentrado, en sede judicial ordinaria, de la conformidad del derecho interno con el Derecho de la Unión Europea»*.

También vimos, al transcribir un pasaje de su Declaración nº 1/2004, que para el Tribunal Constitucional esta primacía no se sustenta necesariamente en la jerarquía, *«sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones»*, lo que ha de obligar al juez nacional a aplicar esa norma prevalente.

Queremos hacer hincapié en que tal desplazamiento opera con independencia del rango de la norma nacional, lo que apodera al juez o tribu-

---

Constitucional, en su sentencia nº 49/1988, ha situado la antinomia en el plano de la inconstitucionalidad, por vulneración del artículo 96 de la Constitución española. Por tanto, de ello parece desprenderse que los conflictos entre tratado y ley posterior que se sitúan en una perspectiva infraconstitucional serían aquellos que no dieran lugar a tal derogación, modificación o suspensión, con los problemas de interpretación que ello lleva aparejados. Tal hipótesis y razonamientos son argumentados por el profesor R. Alonso García en *El juez español...*, op. cit, pp. 41 a 59.

<sup>50</sup> Señala el Tribunal en dicha sentencia que *«el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea forma parte del acervo comunitario incorporado a nuestro ordenamiento en virtud de la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas, y su efecto vinculante se remonta a la doctrina iniciada por el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con la Sentencia de 15 de julio de 1964, asunto Costa contra Enel (6/64, Rec. pp. 1253 y ss., especialmente pp. 1269 y 1270), habiéndose aceptado la primacía del Derecho de la Unión Europea, en el ámbito competencial que le es propio, por la propia Constitución española en virtud de su art. 93, como hemos tenido ocasión de recordar en repetidas ocasiones»*.



nal nacional para, caso de que aprecie la contradicción de aquella con el Derecho de la UE que goce de efecto directo, relegar la aplicación tanto de disposiciones normativas reglamentarias como aquellas que ostentan rango de ley.

Y hemos también de insistir en que, para que dicha inaplicación o desplazamiento tenga lugar y el juez nacional, en el proceso de selección de la norma aplicable al caso, pueda dejar sin efecto la norma nacional, «no será preciso que esta haya sido previamente expulsada del ordenamiento interno»<sup>51</sup>, incluso en los casos en que se trate de una norma con rango de ley. Este proceder, si bien asegura la primacía y efectividad del Derecho de la UE en el caso concreto, no lo garantiza, claro está, con efectos *erga omnes*, pues la norma jurídica nacional sigue vigente e incorporada al ordenamiento jurídico español a pesar de contar con un previo pronunciamiento judicial que la ha declarado no compatible con el derecho europeo. En nuestra opinión, no hace falta argumentar en exceso para atisbar la clara incidencia negativa que ello habrá de suponer desde la perspectiva del principio de seguridad jurídica, pues parece evidente que tal situación jurídica traerá consigo una nada deseable incertidumbre tanto para los destinatarios de las normas como para el aplicador de las mismas, no siendo descartable que, incluso, puedan darse supuestos en que distintos jueces o tribunales lleguen a pronunciamientos discordantes y contradictorios en litigios similares, lo que supondrá que, en unos casos, la controversia trabada la resuelvan desplazando a la norma nacional por su incompatibilidad con el derecho europeo y que, en otros, sin embargo, al no apreciarse tal contradicción, tal desplazamiento no acaezca.

En lo que respecta a las leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea, nada más allá de la inaplicación de la norma legal puede hacer el juez o tribunal nacional, toda vez que el Tribunal Constitucional ha dictaminado que se está ante un conflicto infraconstitucional, lo que, en principio, descarta su impugnación directa ante el aludido juez de la Constitución o ante los jueces y tribunales ordinarios del orden contencioso-adminis-

---

<sup>51</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional nº 145/2012, de 2 de julio. En idéntico sentido se viene pronunciando el TJUE, por todas, sentencia de 9 de marzo de 1978 (106/77, asunto Simmenthal) ya citada, cuando en su apartado 24 señala que «el juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de estas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional».

trativo (solo competentes, en principio, para ejercer el control directo de normas reglamentarias)<sup>52</sup>.

A modo de ejemplo práctico de cómo opera tal principio en lo que a las leyes o normas con rango legal se refiere, destacamos la reciente sentencia de la sección primera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2015 (Recurso nº 116/2014), que estimó en parte el recurso promovido por un magistrado suplente contra la resolución del Consejo General del Poder Judicial que, con sustento en la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública, le denegó el abono de los trienios ya consolidados por los servicios prestados como funcionario de carrera en las Fuerzas Armadas. La referida sentencia anuló dicha actuación administrativa y reconoció al actor tal derecho, al considerar que la Ley 70/1978, que sirvió de sustento a la decisión administrativa denegatoria, era incompatible con el principio de no discriminación consagrado en la cláusula 4 del Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, incorporado como anexo a la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio, cláusula que, al considerar el Alto Tribunal que resultaba de directa aplicación, le llevó a la inaplicación de la Ley 70/1978 *«por su incompatibilidad con la repetida cláusula 4, apartados 1 y 4, del Acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE, y la aplicación, por ende, del principio de no discriminación proclamado en dicha cláusula, de suerte que el derecho reclamado se confiera al recurrente en iguales términos en que se reconocería para los magistrados de carrera»*.

También la sentencia del pleno de la aludida Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2015 (Recurso nº 373/2014) resolvió, entre otros pronunciamientos, anular determinados incisos del artículo 7.3 y 16.2.k) del Reglamento de Funcionamiento y Régimen Interior de los Centros de Internamiento de Extranjeros, aprobado por Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, y lo que es más importante, declarar la inaplicabilidad de un inciso del artículo 62 bis. 1 i) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, que era el que daba cobertura a dicho precepto reglamentario, por contradicción con el apartado 2 del artículo 17 de la Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, precepto de la directiva respecto al que la Sala Tercera del Alto Tribunal, previamente, había afirmado no albergar duda alguna de la cla-

---

<sup>52</sup> Cfr. Alonso García, R.: *El juez español...*, op. cit. supra. p. 86 y ss.

ridad de la obligación que imponía por el mismo precepto de la directiva, considerándolo directamente aplicable.

En lo que respecta a los reglamentos incompatibles con el Derecho de la UE, el Tribunal Supremo no ha encontrado obstáculo alguno para, además de inaplicarlos, proceder a su anulación, incluso en los casos en que estos reglamentos cuenten con la cobertura de leyes (tal y como aconteció en el caso resuelto por la referida sentencia de 10 de febrero de 2015). En este sentido, ya en la sentencia de su Sala Tercera de 10 de diciembre de 2002 (Recurso contencioso-administrativo nº 246/1997, Fundamento de Derecho Decimotercero), señalaba el Alto Tribunal que *«debemos ratificar esta línea jurisprudencial que va más allá de la mera declaración de inaplicabilidad y, en el marco de los recursos directos contra reglamentos, los considera nulos si infringen el derecho comunitario. La razón de ser de tan rigurosa consecuencia está necesariamente ligada con la función que la Constitución y las leyes atribuyen a los tribunales contencioso administrativo (de modo singular; a este Tribunal Supremo, si los reglamentos proceden del Gobierno) en orden al control de la potestad reglamentaria»*, y en ella, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 106 de la Constitución española y en el artículo 70.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa (que impone a tribunales de dicho orden conocer del enjuiciamiento y, en su caso, anular las disposiciones generales que incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico) siguió razonando lo siguiente *«la interpretación de estas categorías jurídicas no puede hacerse al margen de un dato normativo relevante, inusual por lo demás en el panorama comparado europeo: los tribunales de esta jurisdicción están expresa y específicamente vinculados por las «normas de derecho comunitario europeo» cuya eventual infracción resulta ser (artículo 86.4 de la Ley 29/1998) uno de los motivos para casar las sentencias que dicten. Corresponde, por lo tanto, al Tribunal Supremo, modo especial, garantizar el respeto de las normas comunitarias, cuya vulneración resulta parificada con la infracción de las estatales hasta el punto de que indistintamente una u otra puede fundamentar un recurso de casación. Partiendo de esta premisa la «infracción del ordenamiento jurídico “en que puedan incurrir las disposiciones generales, por emplear términos del ya citado artículo 70.2 de la Ley 29/1998, engloba con naturalidad también la infracción de las normas comunitarias, cuya vulneración, en consecuencia, ha de producir el mismo efecto jurídico, esto es, la necesidad de dictar un fallo que estime la pretensión anulatoria”»*.

Ni siquiera los tribunales del orden contencioso-administrativo han encontrado obstáculos en activar el procedimiento de la cuestión de ile-

galidad en los casos en que, no resultando competentes para conocer del recurso directo contra el reglamento, resuelven inaplicarlo por apreciar que su regulación resultaba incompatible con el derecho europeo. Tal fue el proceder seguido por la Sala Tercera de la Audiencia Nacional en el planteamiento de la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal Supremo en relación con los artículos 5.4.a) y 6.a) del Real Decreto 431/2004, de 12 de marzo, preceptos todos ellos que, en la medida en que al regular las retribuciones correspondientes a los magistrados suplentes, jueces sustitutos y fiscales sustitutos, excluían de las retribuciones básicas a percibir por tal colectivo el componente de la antigüedad, fueron, finalmente, anulados por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de noviembre de 2012 (cuestión de ilegalidad nº 1/2012), al estimar que su regulación resultaba incompatible con la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

Por último, no podemos finalizar este apartado sin hacer una somera referencia al papel que, en la aplicación del Derecho de la UE, también les corresponde a las autoridades administrativas nacionales a la luz de la doctrina emanada por el TJCE desde que, en su sentencia de 22 de junio de 1989 (103/88, asunto Fratelli Constanzo), les impusiera la obligación de aplicar íntegramente el Derecho de la UE y tutelar los derechos que este concede a los particulares, así como abstenerse de aplicar, en su caso, cualquier disposición contraria del derecho interno.

Al margen de las dificultades técnicas con las que tales autoridades pudieran encontrarse a fin de llevar a cabo dicha obligación (no se ve la manera en que dichas autoridades administrativas pudieran, en caso de duda razonable sobre el alcance o validez de la concreta norma europea a aplicar, plantear una cuestión prejudicial de interpretación o validez al TJUE<sup>53</sup>), en la práctica considero también sumamente improbable que una autoridad administrativa decida, por su sola autoridad y sin el referido apoyo judicial, inaplicar una norma nacional de rango reglamentario (no digamos una ley).

---

<sup>53</sup> En relación con tal cuestión, resulta de interés la reciente sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2015 (C-203/14, asunto Consorci Sanitaria del Maresme) en la que el tribunal vino a reconocer su competencia para resolver una cuestión prejudicial que le fue planteada por el Tribunal Catalá de Contractes del Sector Públic, a pesar de reconocer que en el derecho interno tenía la consideración de órgano administrativo, no obstante lo cual el TJUE, tras valorar una serie de criterios relativos al origen legal del órgano, su independencia y el carácter obligatorio de su jurisdicción, concluyó considerando que dicho tribunal tenía el carácter de «órgano jurisdiccional» en el sentido del artículo 267 del TFUE.

#### 4. CONCLUSIONES

A pesar del tiempo transcurrido desde que España entró a formar parte de la hoy denominada UE, no es, en absoluto, superfluo o innecesario recordar cuáles son las obligaciones que, desde el plano técnico jurídico de la aplicación del Derecho de la UE, se derivan de dicha integración para nuestro país y para el conjunto de los Estados miembros y, sobre todo, cuáles son los principios que rigen las relaciones entre el Derecho de la UE y los ordenamientos jurídicos nacionales.

Una atenta lectura de la normativa de rango legal y reglamentario que, desde el año 1986, se ha venido promulgando en nuestro país, evidencia que el legislador español ha venido cumplimentando, con mayor o menor acierto según los casos, las obligaciones que el principio de cooperación leal antes referido impone al conjunto de Estados miembros, habiendo dejado plasmado en los textos legales, incluso expresamente, la primacía del Derecho de la UE sobre el derecho nacional<sup>54</sup>. Hasta el propio legislador orgánico ha introducido, ahora en 2015 y por primera vez desde que España se incorporó a las Comunidades Europeas, un artículo específico en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en concreto el artículo 4 bis, cuyo apartado primero impone a los jueces y tribunales la obligación de aplicar el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Por tanto, es preciso tener siempre en mente los principios que hemos venido analizando en el presente trabajo, pues, además de configurar las relaciones entre ambos ordenamientos jurídicos, de ellos depende la eficacia y plena operatividad del Derecho de la UE. Como ya se ha dicho, van dirigidos, en primer término, al legislador nacional, que, en virtud del principio de cooperación leal, debe realizar todas aquellas acciones normativas

---

<sup>54</sup> Reciente ejemplo de lo que decimos lo constituye la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, que, en su exposición de motivos, refiere que «dentro de un complejo marco de relaciones internacionales con numerosos tratados y acuerdos internacionales en vigor, y numerosas disposiciones de la Unión Europea, una ley de cooperación jurídica internacional interna debe tener un carácter subsidiario. Dicho carácter se pone de manifiesto en el artículo 2 a) que, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, da prioridad a la aplicación en esta materia de las normas de la Unión Europea y de los tratados y acuerdos internacionales en los que España sea parte». La concreción de tal primacía y subsidiariedad no se hace esperar y, como se indicaba, el artículo 2 de dicha norma jurídica, que lleva por título «Fuentes», establece que la cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil, se rige por, en primer lugar, las normas de la UE y los tratados internacionales en los que España sea parte; en segundo lugar, por las normas especiales de derecho interno y, en último lugar y con carácter subsidiario, por la referida ley.

que resulten precisas para poder llevar a efecto las obligaciones derivadas de los tratados o de los actos normativos de las instituciones de la UE, absteniéndose de aquellas que puedan poner en peligro la consecución de los objetivos de la UE. También hemos visto que, en última instancia, se dirigen a los jueces y tribunales nacionales, que deben de aplicar el derecho, originario y derivado, procedente de la UE en los casos en que entre en contradicción con el derecho nacional pues, desafortunadamente, no han sido pocos los supuestos en que, durante todos estos años, se han producido disfunciones y divergencias entre ambos ordenamientos jurídicos. En estos casos, resulta esencial la labor que deben desarrollar los órganos judiciales nacionales para, previo planteamiento o no, según lo considere, de una cuestión prejudicial al TJUE, apreciar la existencia de dicha contradicción entre una norma nacional y una europea, y, por mandato del principio de primacía, aplicar el Derecho de la UE que goce de efecto directo, desplazando con ello la aplicación de la norma nacional.

Lo que, en teoría o sobre el papel, puede parecer sencillo, no lo es tanto en la práctica. Como ya hemos analizado, desde la perspectiva del Estado legislador, no son pocos los casos en que tanto el legislador, como la autoridad con potestad reglamentaria, han adoptado normas jurídicas contrarias al Derecho de la UE. Cuando ello ocurre, y sin perjuicio del recurso por incumplimiento del Derecho de la UE ante el TJUE, el único remedio que le queda a un particular que quiere hacer valer los derechos que le confiere el ordenamiento europeo es acudir a los jueces y tribunales nacionales invocando la normativa europea aplicable. La decisión que adopte tal juez o tribunal habrá de resolver la concreta controversia que ante él se ha trabado, pero, claro está, no la solventa con carácter general, pues la norma nacional, a pesar de resultar contraria al Derecho de la UE, continúa, en principio, incorporada al ordenamiento jurídico, lo que incide de manera muy significativa y negativa en el principio de seguridad jurídica y en el de aplicación uniforme del Derecho de la UE.

Por otro lado, la litigiosidad que se genera una vez se declara que una norma nacional es contraria al derecho europeo es, según la entidad y alcance de la norma, muy elevada y compleja, siendo, por tanto, altamente aconsejable –casi diría que un objetivo primordial– que no se produzca discrepancia o divergencia alguna entre las obligaciones que figuran contenidas en ambos ordenamientos jurídicos. Para ilustrar tal problemática basta con fijarse en lo que está ocurriendo en nuestro país, actualmente, con las reclamaciones derivadas del Impuesto sobre las Ventas Minoristas de determinados Hidrocarburos, introducido por el artículo 9 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de

Orden Social. Este impuesto, muy cuestionado desde que entró en vigor, fue declarado por el TJUE contrario a la Directiva 92/12/CEE, del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa al régimen general, tenencia, circulación y controles de los productos objeto de impuestos especiales, dando respuesta a una cuestión prejudicial de interpretación que le fue planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el seno del recurso que una empresa de transportes interpuso contra la decisión de la Oficina Gestora de Impuestos Especiales que le denegó la devolución de tal impuesto. Tal pronunciamiento ha dado lugar a que una gran cantidad de aquellos sujetos pasivos que fueron gravados con dicho impuesto, contrario al Derecho de la UE, no solo estén solicitando a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria la devolución del importe de lo indebidamente ingresado por los períodos no prescritos, sino que también están reclamando una indemnización al Estado con sustento en el principio de responsabilidad patrimonial del Estado legislador, contándose por miles las solicitudes que, hasta el momento, se han formulado no solo en vía administrativa, sino también en vía judicial, toda vez que la decisión que ha adoptado el Consejo de Ministros en relación con las mismas ha sido desestimatoria<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> En relación con dichas reclamaciones, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha dictado, al tiempo de elaborarse este trabajo, sentencias estimatorias de los recursos núm. 12/2015, 194/2015, 195/2015, 217/2015, 241/2015, 244/2015, 251/2015 y 258/2015, con fechas 18 y 24 de febrero de 2016, en las que se reconoce el derecho de los recurrentes a ser indemnizados por las cantidades abonadas por repercusión de dicho Impuesto, minoradas, en su caso, en la forma prevista en el fallo.





# NOTAS



**LA MUERTE DEL ORNITORRINCO: UN PASO ATRÁS EN  
EL CUMPLIMIENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL  
HUMANITARIO.  
APUNTES DE LA XXXII CONFERENCIA INTERNACIONAL  
DE LA CRUZ ROJA Y DE LA MEDIA LUNA ROJA (GINEBRA,  
8-10 DICIEMBRE, 2015)**

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto  
*General consejero togado del Cuerpo Jurídico Militar ®  
Director del CEDIH de la Cruz Roja Española*

*«Conscientes de que todos los pueblos están unidos por estrechos lazos y sus  
culturas configuran un patrimonio común y observando con preocupación  
que este delicado mosaico puede romperse en cualquier momento»  
(Preámbulo del Estatuto de la Corte Penal Internacional)*

*SUMARIO*

I. Pórtico. II. La desprotección de las personas civiles en los conflictos armados actuales. III. El Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. IV. El sistema de eficacia del Derecho Internacional Humanitario. V. Las Conferencias Internacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. VI. El nacimiento del «ornitorrinco». VII. La XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (2015). VIII. Conclusión.

**I. PÓRTICO**

Uno de los temas nucleares de la XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Ginebra, 8-10 de diciembre de 2015)

fue la presentación en el Comité de Redacción, del que fui miembro en representación de la Cruz Roja Española, del Proyecto de Resolución «*Fortalecimiento del cumplimiento del derecho internacional humanitario*», también conocido como «Iniciativa de Suiza y del Comité Internacional de la Cruz Roja». En el curso de su complicada (y, a veces, contradictoria) preparación durante cuatro años de un amplio proceso de consultas intergubernamentales, este proyecto mereció el nombre de «*ornitorrinco*»<sup>1</sup>, para destacar la ambigua e insólita naturaleza de los mecanismos elaborados para lograr el loable fin de garantizar la eficacia de las normas de derecho internacional humanitario (en lo sucesivo, DIH).

Al iniciar el comentario de las resoluciones aprobadas por la referida Conferencia Internacional de 2015, no podemos sino lamentar –como ha hecho el Comité Internacional de la Cruz Roja<sup>2</sup>– que los Estados no hayan logrado acuerdo para establecer un mecanismo para fortalecer el cumplimiento del DIH. Peter Maurer, presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja, advirtió que «*El derecho internacional humanitario se infringe prácticamente todos los días, en todos los conflictos del mundo*», por lo que concluyó «*Decepciona que los estados no hayan logrado un acuerdo en torno a la propuesta original, que abordaba todas las preocupaciones planteadas durante el proceso de consultas*».

## II. LA DESPROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CIVILES EN LOS CONFLICTOS ARMADOS ACTUALES

En el informe del secretario general de las Naciones Unidas<sup>3</sup> al Consejo de Seguridad de 18 de junio de 2015, sobre la protección de los civiles en los conflictos armados, se señalan los problemas existentes en la actualidad y las recomendaciones para fortalecerla. Se deja constancia de que se ha triplicado el número de personas necesitadas de asistencia humanitaria internacional, cuya inmensa mayoría son personas civiles afectadas por

---

<sup>1</sup> Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española (Vigésimo Primera Edición), la palabra «*ornitorrinco*», pese a su etimología griega (pájaro, pico), es un «*Mamífero del orden de los monotremas, del tamaño próximamente de un conejo, de cabeza casi redonda y mandíbulas ensanchadas y cubiertas por una lámina córnea, por lo cual su boca asemeja al pico de un pato; pies palmeados, sobre todo en las extremidades torácicas, y cuerpo y cola cubiertos de pelo gris muy fino*».

<sup>2</sup> Declaración de 10 de diciembre de 2015, titulada «*Cruz Roja lamenta que no haya acuerdo para un mecanismo para fortalecer el cumplimiento de las leyes de la guerra*».

<sup>3</sup> Naciones Unidas. Consejo de Seguridad. Documento S/2015/453, de 18 de junio de 2015. pp. 1 y 2.

conflictos armados. Cerca del 40% de los pobres del mundo viven en Estados afectados por conflictos y frágiles, por lo que la máxima prioridad de la agenda de la comunidad internacional debe ser proteger su dignidad mediante la aplicación del derecho internacional.

En este informe se advierte que la mayoría de los conflictos armados actuales se caracterizan por niveles estremecedores de brutalidad y se da muerte y se mutila a personas civiles en ataques selectivos o indiscriminados. Asimismo se denuncia la tortura, la toma de rehenes, el reclutamiento forzoso, el desplazamiento y separación familiar, la desaparición forzada, la violencia sexual y por razón de género, los ataques deliberados contra escuelas, hospitales y trabajadores humanitarios, la violación de las normas más elementales del DIH y la impunidad de estas graves infracciones.

Sin duda las personas civiles atrapadas en los conflictos armados se cuentan entre las personas más vulnerables del mundo y el costo humano de la guerra es atroz: 38 millones de personas desplazadas en su propio país y 13 millones de refugiados en el extranjero. Personas civiles que han tenido que huir de sus hogares para escapar del «burdo desprecio de la vida» inherente a las continuas agresiones y a los ataques indiscriminados que caracterizan a los conflictos armados contemporáneos. Los desplazamientos internos causados por las guerras duran, como media, 17 años y para muchos el éxodo se extenderá a toda la vida.

Como ha escrito la profesora Mangas Martín<sup>4</sup>, la práctica desaparición de la guerra entre Estados y la disminución de los conflictos internos ha sido sustituida por una violencia desestructurada, mecánica y salvaje. La «impureza de la violencia armada del siglo XXI» no acepta mínimas reglas humanitarias en la conducción de sus acciones armadas ni en el trato a los no combatientes y personas civiles. Para la autora, esta brutalidad sin los frenos últimos de la civilización (mínimo espacio humanitario de mediación de Cruz Roja) nos plantea como actuar en situaciones que están al margen de la lógica y de las reglas del conflicto armado.

Los principales desafíos<sup>5</sup> que los conflictos armados presentan al DIH, particularmente en relación con la población civil, podrán concretarse en la determinación del principio y fin de la aplicabilidad del DIH y su alcance geográfico, el terrorismo, la asistencia y acceso humanitario, la protección del personal y bienes sanitarios, el estatuto de las fuerzas multinacionales, las limitaciones al uso de la fuerza, la detención de personas en los conflictos armados, las nuevas tecnologías de guerra (cibernética o armas autónomas),

---

<sup>4</sup> Mangas Martín, A., «Violencia mecánica, asesinos natos», en *El Mundo*, jueves 28 de mayo de 2015.

<sup>5</sup> Informe del CICR «El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos», Ginebra, octubre, 2015.

el uso de armas explosivas en zonas pobladas, la transferencia de armas, la existencia de armas nucleares y la falta de regulación de las empresas privadas militares y de seguridad. Y, naturalmente, como reto esencial, el establecimiento de un mecanismo eficaz para el cumplimiento del DIH.

### III. EL MOVIMIENTO INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA Y DE LA MEDIA LUNA ROJA

#### A. INTRODUCCIÓN

En 1862 publica el ginebrino Henry Dunant su «Recuerdo de Solferino», relatando los horrores vividos en el campo de Solferino (Lombardia, 1859) y nació en 1863 el «Comité de los Cinco» origen del Comité Internacional de la Cruz Roja<sup>6</sup>. La consecuencia fue la convocatoria por el Gobierno suizo de la Conferencia Diplomática de 1864, que concluyó con la firma del Convenio de Ginebra del 22 de agosto de 1864, para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos de los ejércitos en campaña.

Así pues la Cruz Roja y el DIH contemporáneo<sup>7</sup> nació en 1864 para proteger a los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña. Esta similar protección durante los conflictos armados se reiteró en los Convenios de Ginebra de 1906 y de 1929, así como en el X Convenio de La Haya de 1907 sobre ampliación a la guerra marítima de los principios del Convenio de Ginebra. En la actualidad se concreta en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y en sus tres Protocolos Adicionales.

#### B. DEFINICIÓN

Es clásica y bien conocida la definición del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja:

*El Movimiento Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja es una institución con fines humanitarios inspirada en unos ideales filosóficos, recogidos en los Principios Fundamentales.*

<sup>6</sup> Bugnion, François (1986), *Le Comité International de la Croix-Rouge et la protection des victimes de la guerre*, Comité International de la Croix-Rouge, Ginebra, pp. 11 y ss.

<sup>7</sup> C. Gutiérrez Espada y M. J. Cervell Hortal han resaltado que los resultados más descolantes de la codificación del Derecho Internacional son las normas relativas al modo de hacer la guerra *ius in bello*. En la obra *El Derecho Internacional en la encrucijada. Curso de Derecho Internacional Público*. Trotta, Madrid, 2012. p. 239.

*Regido jurídicamente por lo determinado en los Convenios de Ginebra de 1949, sus Protocolos Adicionales, Resoluciones de las Conferencias Internacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, del Consejo de Delegados, de la Asamblea General, y del Consejo Ejecutivo de la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Estatutos de la Cruz Roja Internacional y de las Sociedades Nacionales.*

*Constituido por el Comité Internacional de la Cruz Roja (C.I.C.R.), las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja o de la Media Luna Roja y la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.*

*Que lleva a cabo acciones de carácter humanitario en el ámbito nacional e internacional, tanto en tiempo de paz como de conflicto armado, bajo el emblema de la Cruz Roja, de la Media Luna Roja o del Cristal Rojo.*

*Y se relaciona con gobiernos, organismos no gubernamentales, organismos intergubernamentales y personas físicas y jurídicas.*

### C. NATURALEZA JURÍDICA

Cabe preguntarse sobre el alcance y valor jurídico de las normas del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, sobre el «derecho de la Cruz Roja»<sup>8</sup>, es decir: sobre su naturaleza. La Cruz Roja nace de una iniciativa privada y dentro de un sistema nacional o interno, no perteneciente al derecho internacional. Sin embargo, las resoluciones y la actividad del movimiento interesan al derecho internacional público. Y no solo porque se deba reconocer al Comité Internacional de la Cruz Roja y a la Federación Internacional de Sociedades una cierta personalidad jurídica internacional, sino muy particularmente porque en la determinación de la voluntad del movimiento internacional intervienen los 196 Estados parte en los Convenios de Ginebra de 1949. Los Estados, en efecto, votan en el máximo órgano del movimiento (la Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja) y sus resoluciones inciden en el derecho internacional.

---

<sup>8</sup> F. Bugnion, «El derecho de la Cruz Roja», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 131, septiembre-octubre, 1995, pp. 535 y ss.

Así pues, los órganos del movimiento, desde su creación a mediados del siglo XIX, revisten el carácter de una institución con vocación de permanencia y es innegable su vocación de universalidad.

Los Estados, por una parte regulan el régimen de las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (que son, no lo olvidemos, auxiliares de los poderes públicos) y, por otra, participan con voz y voto (desde 1867) en la conformación de la voluntad del movimiento al formar parte de la Conferencia Internacional.

Como afirma F. Bugnion<sup>9</sup>, si bien es cierto que el movimiento es, esencialmente, una asociación internacional de tipo no gubernamental, la participación de representantes de Estados confiere a la Conferencia Internacional un estatuto mixto, a la vez privado y público. Se trata sin duda de una ONG, pero ciertamente peculiar pues su regulación, sus fines, sus actividades y sus decisiones responden a un mandato internacional mixto o semiprivado, que se rige por las normas del derecho internacional público.

Los Estatutos del movimiento no solo obligan a sus componentes y, aunque no son un tratado internacional nacido de una Conferencia Diplomática, son obligatorios para los Estados que los han aprobado en la Conferencia Internacional. Los principios fundamentales de la Cruz Roja, a los que seguidamente nos referiremos, son oponibles a los Estados y son fuente de obligaciones en las actividades humanitarias, como se cuidó de proclamar el Tribunal Internacional de Justicia en su sentencia de 1986, sobre las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua.

Y, finalmente, la fuerza coactiva de los principios y resoluciones del movimiento, no solo se predica de los Estados parte de los Convenios de Ginebra, sino de los grupos armados no estatales que son parte en un conflicto armado sin carácter internacional. Los principios fundamentales del derecho internacional humanitario fueron calificados como *intransgredibles* por el propio Tribunal Internacional de Justicia en su opinión consultiva de 1996 sobre la licitud o ilicitud de la amenaza o utilización del arma nuclear<sup>10</sup>. Actualmente todavía este carácter de *ius cogens* de tales principios fundamentales del DIH, derivado de la universal aceptación de los Convenios de Ginebra, viene reforzado por su carácter de derecho internacional consuetudinario<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> F. Bugnion, «El derecho de la Cruz Roja», artículo cit, pp. 538 y 539.

<sup>10</sup> J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «El dictamen consultivo del Tribunal Internacional de Justicia sobre la licitud del arma nuclear», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 71, enero-junio, 1998, pp. 91-177.

<sup>11</sup> Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-Beck, Louise, *Customary International Humanitarian Law*, ICRC, Cambridge University Press, 2 Vol. 2005.



#### D. LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA CRUZ ROJA Y DE LA MEDIA LUNA ROJA

La formulación actual de los principios de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja se remonta a 1965, durante la XX Conferencia Internacional de la Cruz Roja celebrada en Viena (Austria) en 1965, cuando se adoptaron por unanimidad los Principios Fundamentales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, aprobándose una nueva redacción en la XXV Conferencia Internacional de la Cruz Roja celebrada en octubre de 1986 en Ginebra (Suiza).

Los siete principios fundamentales de la Cruz Roja son: «humanidad», «imparcialidad», «neutralidad», «independencia», «carácter voluntario», «unidad» y «universalidad». Los principios de la Cruz Roja están jerarquizados por el orden que ocupan en su formulación.

Se pueden clasificar en principios esenciales (humanidad e imparcialidad), derivados (neutralidad e independencia) y orgánicos (carácter voluntario, unidad y universalidad). Los esenciales son el fundamento de la institución<sup>12</sup>.

#### E. LOS COMPONENTES DEL MOVIMIENTO

El Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja es una institución compleja, integrada por el Comité Internacional de la Cruz Roja, por las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y por la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja<sup>13</sup>. Cada una de estas entidades tiene su autonomía, sus estatutos, sus propios fines específicos y sus órganos de gobierno. Hay, sin embargo, órganos supremos del movimiento como la Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, máxima autoridad deliberante y decisoria del movimiento, que asegura a través de sus resoluciones la unidad de sus componentes. Su peculiaridad reside en que forman parte de la Conferencia Internacional, con voz y voto, además de los componentes del movimiento, los 196 Estados parte en los Convenios de Ginebra. Se convoca en sesión ordinaria cada cuatro años. La última Conferencia Internacional fue la número XXXII y se celebró en Ginebra en diciembre de 2015.

---

<sup>12</sup> M. Antón y M. Babé, «El Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja», en *Derecho Internacional Humanitario, Tirant y Cruz Roja Española*, Valencia, 2007, pp. 87 y ss.

<sup>13</sup> M. Antón y M. Babé, «El Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja», en *Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., p. 109 y ss.

Entre sesiones de la Conferencia Internacional, el máximo órgano del movimiento es la Comisión Permanente, que coordina los esfuerzos de los componentes del movimiento y prepara la próxima Conferencia.

El Consejo de Delegados, que se reúne cada dos años, reúne a todos los miembros del movimiento, es decir: el Comité Internacional de la Cruz Roja, las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y la Federación Internacional de Sociedades.

Vamos a referirnos seguidamente al Comité Internacional de la Cruz Roja, a la vista de su mandato convencional para la protección de las víctimas de los conflictos armados.

## F. EL COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (C.I.C.R.) Y LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LA GUERRA

### 1. Historia y naturaleza

El Comité Internacional de la Cruz Roja es la institución fundadora de la Cruz Roja (año 1863), en el que se constituyó dentro de la Sociedad Ginebrina de Utilidad Pública, la llamada *Comisión de los Cinco*, presidida por el general Dufour y constituida por Gustave Moynier, el Dr. Maunoir, el Dr. Appia y Henry Dunant, como secretario.

Es una institución privada, constituida al amparo de lo establecido en el Código Civil suizo, de carácter independiente y neutral<sup>14</sup>. Está integrada exclusivamente por ciudadanos suizos. Es internacional por su nombre, mandato, funciones, actividades y financiación. Uninacional por sus estatutos y composición. Tiene su sede en Ginebra.

### 2. Funciones

Según M. Antón y M. Babé<sup>15</sup>, entre las funciones que tiene el Comité Internacional de Cruz Roja cabe distinguir:

- Mantener los principios fundamentales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

<sup>14</sup> Bugnion, François (1986), *Le Comité International de la Croix-Rouge et la protection des victimes de la guerre*, Comité International de la Croix-Rouge, ob. cit. pp. 987 y ss.

<sup>15</sup> M. Antón y M. Babé, «El Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja», en *Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit. p. 115.

- Reconocer toda Sociedad Nacional de la Cruz Roja o de la Media Luna Roja, nuevamente creada o reconstituida, que responda a las condiciones de reconocimiento en vigor y notificar este reconocimiento a las demás Sociedades Nacionales.
- Asumir tareas que le son reconocidas por los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales, trabajando por la fiel aplicación de estos convenios, y recibir toda queja en relación con las violaciones alegadas de los convenios humanitarios.
- Trabajar para el perfeccionamiento del Derecho Internacional Humanitario, para la comprensión y la difusión de los Convenios de Ginebra y Protocolos Adicionales y preparar el eventual desarrollo de estos.
- Asumir los mandatos que le sean confiados por las Conferencias Internacionales de la Cruz Roja.

El Comité Internacional de Cruz Roja tiene además el derecho de iniciativa, que significa que el comité puede proponer sus servicios sin que se le objete que se trata de una injerencia injustificada en los asuntos internos de los Estados.

El Comité Internacional de Cruz Roja tiene el mandato de los Convenios de Ginebra de 1949 y de sus Protocolos Adicionales, para proteger a las víctimas de los conflictos armados.

En caso de conflicto armado internacional o interno<sup>16</sup> o de disturbios internos<sup>17</sup>, el Comité Internacional de Cruz Roja interviene ante las partes en el conflicto como institución humanitaria o intermediario neutral, para mejorar la suerte de las víctimas.

### **3. Confidencialidad**

Las visitas a personas privadas de libertad y la actuación del CICR están presididas por la confidencialidad<sup>18</sup>. Se elabora un informe reservado

---

<sup>16</sup> C. Gutiérrez Espada, «El Derecho Internacional Humanitario y los conflictos armados internos (aprovechando el asunto Tadic)», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 68, julio-diciembre de 1996, pp. 13-36.

<sup>17</sup> M. Costas Trascasas, *Violencia interna y protección de la persona. Una laguna jurídica del Derecho Internacional*, Ed. Tirant y Cruz Roja Española, Valencia, 2008.

<sup>18</sup> M. Costas Trascasas, «El CICR y la regla de la confidencialidad como garantía funcional de su actuación: reflexiones al hilo de la decisión del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia de 27 de julio de 1999», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 76, julio-diciembre 2000, pp. 31-68.

que se entrega a la potencia detenedora y se establece comunicación con esta parte en el conflicto a efectos de cumplimiento de los Convenios de Ginebra o de cese en sus violaciones. Pero no se acude, salvo casos excepcionales, a la denuncia pública o a dar publicidad de los informes.

El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia eximió a los delegados del CICR de su deber de testificar sobre sus visitas a centros de detención en el conflicto armado (caso *Simic*). Se entendió que en la información era obtenida sobre base de la confianza (entrevistas sin testigos con los detenidos).

Es elemento esencial la confidencialidad para el mantenimiento de la actividad del CICR y el acceso a las víctimas. Divulgar la información supondría daños irreparables para el desempeño por el CICR de su mandato.

En este mismo sentido, en las Reglas de Procedimiento y Prueba que desarrolla el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (regla 73.4) se reconoce el carácter privilegiado y no sujeto de divulgación del testimonio, información y documentos del CICR en el desempeño de sus funciones.

#### IV. EL SISTEMA DE EFICACIA DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Una de las más frecuentes cuestiones que los alumnos formulan en los Cursos de DIH tiene relación con los mecanismos de eficacia de las normas humanitarias: Son aceptables, racionales y universales, pero se incumplen sistemáticamente. Sin embargo existe un sistema que, al menos normativamente, da respuesta a esta pregunta arbitrando mecanismos<sup>19</sup> que se pueden resumir en tres palabras: legislación (es decir, normas claras y de aceptación universal), difusión (los incumplimientos muchas veces son consecuencia del desconocimiento) y jurisdicción (acabar con la impunidad de los autores de crímenes atroces).

##### A. LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DURANTE LOS CONFLICTOS ARMADOS

Ante las denunciadas violaciones de las normas protectoras de las víctimas de los conflictos armados cabe preguntarse sobre la eficacia de los

---

<sup>19</sup> Ver Cáceres Brun, J. «El sistema de eficacia del Derecho Internacional Humanitario», en *Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit. pp. 931 y ss. En la misma obra, Rodríguez-Villasante y Prieto, «Fuentes del Derecho Internacional Humanitario», pp. 71 y ss.

mecanismos jurídicos previstos para su aplicación. Para responder a este interrogante, diremos que existen los siguientes mecanismos para salvaguardar los derechos de las víctimas:

### **1. La responsabilidad primera y colectiva de los Estados**

En efecto, las Altas Partes Contratantes se comprometen<sup>20</sup> no solo a respetarlos, sino a hacerlos respetar en cualquier circunstancia (art.1 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y Protocolo Adicional I de 1977). Asumen así, los Estados, la responsabilidad colectiva de procurar que las normas sean respetadas por los otros Estados parte en un conflicto armado. Se trata de una obligación doble (respetar y hacer respetar), universal (la inmensa mayoría de los Estados son partes en los Convenios de DIH y todos en los Convenios de Ginebra de 1949) e incondicional (no sujeta a reciprocidad).

### **2. La institución de la Potencia Protectora**

La Potencia Protectora es un Estado neutral que, designado por un Estado que participa en un conflicto armado y aceptado por la parte adversa, está dispuesto a salvaguardar los derechos de las víctimas del conflicto, particularmente de los prisioneros de guerra y de los internados civiles del Estado que representa.

### **3. La labor del Comité Internacional de la Cruz Roja**

El Comité Internacional de Cruz Roja es el sustituto de la Potencia Protectora<sup>21</sup>, cuando no se llega a un acuerdo entre las partes para nombrarla y en síntesis realiza los siguientes cometidos en caso de conflicto armado:

1. Propicia acuerdos sobre treguas, zonas sanitarias y de seguridad, zonas neutralizadas y zonas desmilitarizadas.

---

<sup>20</sup> Boisson de Chazournes, L. y Condorelli, L., «Nueva interpretación del artículo 1 común a los Convenios de Ginebra: Protección de los intereses colectivos», en *Revista Internacional de la Cruz Roja* n° 153, marzo 2000, pp. 43 y ss.

<sup>21</sup> J. Cáceres Brun, «El sistema de eficacia del Derecho Internacional Humanitario», en *Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit. pp. 936 y 937.

2. Proporciona atención a los heridos, enfermos y náufragos, aporta cirugía de guerra, hospitales de campaña y fabrica prótesis para los mutilados. Ayuda con la asistencia sanitaria que necesitan las víctimas de la guerra.
3. Visita a prisioneros de guerra, realiza canje de prisioneros y visita a internados civiles o detenidos de seguridad.
4. Facilita la reunión de familias dispersas y búsqueda de desaparecidos a través de la Agencia Central de Búsquedas. La Agencia Central de Búsquedas o Agencia Central de Información informa a los familiares sobre la suerte de un militar prisionero, de un internado civil, de las personas desplazadas o detenidas.
5. Aporta asistencia humanitaria proporcionando bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, alimentos, ropa, medicinas o campamentos de refugio. Asistencia agrícola y veterinaria.
6. Colabora en la reparación o construcción de conducciones de agua y suministro de agua potable.
7. Organiza expediciones de socorro para acceder a las víctimas aisladas y necesitadas de recibir la ayuda internacional.
8. Procura atención especial a los refugiados y a las personas desplazadas en su propio país.
9. Ejerce el llamado «derecho de iniciativa», consistente en proponer a las partes en conflicto que el CICR realice otras funciones humanitarias en conflictos armados internos, sin que se considere esta propuesta injerencia en los asuntos internos.

#### **4. La intervención de la Organización de las Naciones Unidas**

No es, desde luego, desdeñable el papel de la Asamblea General de las Naciones Unidas en el desarrollo del DIH (Resolución 2.444/1968), del Consejo de Seguridad en la prevención y humanización de la guerra e injerencia humanitaria, así como la del secretario general ante las partes en conflictos para recordarles la necesidad de observar las normas del DIH.

Conforme al artículo 89 del Protocolo Adicional I, en los casos de violaciones graves de las normas de DIH, las Altas Partes Contratantes se comprometen a actuar en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas y conforme a la Carta.

## **5. El procedimiento de «encuesta»**

El artículo 90 del citado Protocolo Adicional I introdujo el establecimiento facultativo de la Comisión Internacional de Encuesta, que se ha constituido una vez que más de veinte Estados han aceptado expresamente su actuación, consistente en la investigación sobre cualquier hecho que haya sido alegado como infracción grave, tal como se define en los cuatro convenios de Ginebra de 1949 y Protocolo Adicional I.

Sistema previsto para hacer cesar las violaciones del DIH, pero todavía muy alejado de la realidad pues aún no ha intervenido en conflicto alguno. La competencia de la Comisión Internacional de Encuesta fue aceptada por España al ratificar en 1989 los Protocolos Adicionales de 1977.

En consecuencia, existen dudas sobre su eficacia pues hasta ahora no ha culminado ninguna investigación ni cumplido su cometido, por la oposición y falta de colaboración de los Estados y de otras partes en los conflictos armados.

## **6. La represión interna de los crímenes de guerra**

No faltan autores que consideran que el instrumento más eficaz para garantizar el cumplimiento del DIH es la obligación de los Estados parte en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, de incriminar las infracciones graves previstas en los mismos, determinando las adecuadas sanciones penales en los códigos comunes o militares aplicables. Responde al cumplimiento de esta obligación la tipificación contenida en los artículos 608 a 616 del Código Penal de 1995 (delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado), a los que se remite el artículo 9.2 del Código Penal Militar de 2015.

## **7. El ejercicio de la jurisdicción universal**

De acuerdo con los Convenios de Ginebra, los Estados tienen el derecho a ejercer la jurisdicción universal en sus tribunales nacionales respecto de las infracciones graves (crímenes de guerra) definidos en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y en su Protocolo I Adicional de 1977, aunque se hubieren cometido fuera de su territorio y el presunto culpable

no tuviera su nacionalidad<sup>22</sup>. Lamentablemente los Estados, entre ellos España al aprobar la Ley Orgánica 1/2014, han incumplido esta obligación convencional.

## **8. Los asesores jurídicos de las Fuerzas Armadas**

Conforme a lo dispuesto en el artículo 82 del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra, los Estados en todo tiempo y, en particular en tiempo de conflicto armado, cuidarán que se disponga de asesores jurídicos que asistan a los comandantes militares, al nivel apropiado, acerca de la aplicación del DIH. Esta función la cumple en España el Cuerpo Jurídico Militar, conforme al artículo 37 de la Ley 37/2007, de la Carrera Militar.

## **9. El sistema de reparaciones**

El éxito o fracaso del enjuiciamiento (por tribunales internacionales o nacionales) de los individuos culpables de crímenes de guerra, es independiente de la responsabilidad del Estado infractor que debe compensar el daño causado en forma de «reparaciones». La Parte en conflicto que violare las disposiciones convencionales del DIH, estará obligada a indemnizar y será responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de sus Fuerzas Armadas (artículo 91 del Protocolo I de 1977).

### **B. ANTES Y AL FINALIZAR LOS CONFLICTOS ARMADOS**

#### **1. La adopción de medidas de aplicación del Derecho Internacional Humanitario**

Los Estados tienen la obligación convencional de incorporar las normas del DIH a su ordenamiento interno (implementando sus reglas en el derecho nacional) y de adoptar las medidas oportunas para que puedan ser observadas y aplicadas en caso de conflicto armado.

---

<sup>22</sup> Ver Martínez Alcañiz, A. *El principio de Justicia Universal y los crímenes de guerra*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, UNED, Madrid, 2015.



## **2. La difusión del Derecho Internacional Humanitario**

En el actual estado del DIH, ya no faltan reglas sino más bien la voluntad de observarlas. El grado actual de cumplimiento del DIH guarda relación con la difusión de estas normas, particularmente entre los llamados a aplicarlas.

Hay que destacar la importancia de una labor adecuada de difusión, pues se ha demostrado que muchas infracciones tienen su origen en la ignorancia de las normas del Derecho internacional aplicables a los conflictos armados. El artículo 83 del Protocolo Adicional I de 1977 establece el compromiso de los Estados para difundir lo más ampliamente posible, tanto en tiempo de paz como en tiempo de conflicto armado, los convenios (de Ginebra de 1949) y el presente protocolo, especialmente incorporado su estudio en los programas de instrucción militar y fomentado su estudio por parte de la población civil.

## **3. El enjuiciamiento internacional de los crímenes de guerra**

El derecho penal internacional nace con el propósito de luchar contra la impunidad de quienes han cometido o, en el futuro, puedan perpetrar los «crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional» que, paradójicamente, no eran castigados por la inadecuación «de hecho» del derecho penal interno de los Estados, incapaces de iniciar siquiera la acción penal contra las autoridades nacionales, muchas veces responsables de tan graves delitos.

Por ello, han existido grandes dificultades para la creación de un tribunal con jurisdicción penal internacional<sup>23</sup> para el enjuiciamiento de los crímenes de guerra o infracciones graves de los convenios y protocolos. Algo más que la mencionada Comisión Internacional de Encuesta. La creación en 1993 de un Tribunal Penal Internacional «ad hoc» para juzgar a los responsables de violaciones graves del DIH cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991, fue el comienzo de la institucionalización de un sistema de enjuiciamiento de las infracciones graves, más allá de los actuales tribunales nacionales. Posteriormente, en 1994, se ha constituido otro Tribunal Penal Internacional para Ruanda, también creado «ad hoc» por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

---

<sup>23</sup> Pignatelli y Meca, F., *La sanción de los crímenes de guerra en el derecho español*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2003, p. 55. Del mismo autor, «La punición de las infracciones del Derecho Internacional Humanitario. Los tribunales internacionales de crímenes de guerra», en *Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit. pp. 779 y ss.

Asimismo se han creado tribunales internacionales «híbridos», mixtos o especiales (integrados por jueces nacionales e internacionales) para enjuiciar crímenes internacionales cometidos en Sierra Leona, Camboya (Salas Especiales) y Timor Oriental (Paneles).

Sin embargo, el paso decisivo se dio en la Conferencia Diplomática de Roma de 1998, que aprobó por una cualificada mayoría (120 votos a favor, 7 en contra y 21 abstenciones) el Estatuto de la Corte Penal Internacional<sup>24</sup>, con competencia para enjuiciar (entre otros delitos) los crímenes de guerra.

Ahora bien, si el propósito de la constitución de la Corte, confesado en su preámbulo, es sencillo (poner fin a la impunidad de los autores de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional y contribuir así a la prevención de nuevos crímenes: la prevención general), el instrumento elaborado (Estatuto de la Corte) es de una gran complejidad. Y ello por el carácter complementario de la Corte Penal Internacional respecto de las jurisdicciones penales nacionales (art.1 del Estatuto), que se reafirma en el preámbulo con la proclamación de un principio fundamental: «... *es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales*».

De forma que la prevención general, precisamente la negativa, es uno de los fines perseguidos por la creación de la Corte, mediante el efecto intimidatorio del enjuiciamiento («...*para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia*»), de la pena y de su ejecución.

Y, en este sentido, el enjuiciamiento de los crímenes de guerra como parte del sistema de eficacia del DIH, significa una decisiva contribución al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. El Estatuto de Roma ha entrado en vigor el 1 de julio de 2002 y la Corte Penal Internacional, integrada por 18 magistrados, se ha constituido en La Haya y, desde entonces, desarrolla su actividad. Se ha modificado el Estatuto de Roma en la Conferencia de Kampala (Uganda, 2010).

### C. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE EL SISTEMA DE EFICACIA

En todo caso, la mera existencia de las normas propias del DIH y la posibilidad de enjuiciamiento de los responsables de sus violaciones graves (crímenes de guerra), constituyen un positivo avance para un aceptable

---

<sup>24</sup> Entre la copiosa bibliografía existente, ver Triffterer, Otto, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers, Notes, Article by Article*, Nomos, Baden-Baden, 1999.

cumplimiento de este sistema normativo, por su propia racionalidad (muchas veces coincidente con el interés militar), aceptación universal por los Estados, temor a las represalias, impacto en la opinión pública mundial (cada vez más sensibilizada ante las violaciones del Derecho Internacional Humanitario) y consenso de la comunidad internacional (Organización de las Naciones Unidas, Estados y Organizaciones no gubernamentales) sobre la necesidad de respetar las reglas del DIH como instrumento de paz para la supervivencia de la humanidad.

No obstante, como afirma el secretario general de las Naciones Unidas<sup>25</sup>, a pesar de las mejoras en el ámbito normativo (Resoluciones del Consejo de Seguridad y de la Presidencia, así como mandatos de las misiones de mantenimiento de la paz), la tarea de proteger a los civiles sobre el terreno se ha caracterizado más por sus fracasos que por sus éxitos. Según este informe el estado general de la protección de las víctimas es desalentador, estudiando los casos de Afganistán, República Centroafricana, Colombia, República Democrática del Congo, Iraq, Libia, Malí, Myanmar, Nigeria, Territorio Palestino Ocupado, Pakistán, Somalia, Sudán del Sur, Sudán, República Árabe Siria, Ucrania y Yemen.

Así en la citada resolución *«Fortalecimiento del cumplimiento del derecho internacional humanitario»*, aprobada en la XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de Media Luna Roja (Ginebra, 2015) se destaca la imperiosa necesidad de un mayor respeto del DIH reconocida por todos los Estados como un reto permanente y esencial. Añadiendo que *«... cabe hacer más para abordar las deficiencias y lagunas existentes en la aplicación del derecho internacional humanitario, incluso por partes no estatales en los conflictos armados»*.

## V. LAS CONFERENCIAS INTERNACIONALES DE LA CRUZ ROJA Y DE LA MEDIA LUNA ROJA

Las Conferencias Internacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja<sup>26</sup> son el máximo órgano deliberante y decisorio del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Su peculiaridad es que forman parte de ellas, además de los componentes del movimiento (Comité Internacional de la Cruz Roja, Federación Internacional de Sociedades de

<sup>25</sup> Naciones Unidas. Consejo de Seguridad. Documento S/2015/453, de 18 de junio de 2015. P 2.

<sup>26</sup> Ver Antón Ayllón, M. y Babé y Romero, M., «El Movimiento Internacional...», en *Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit. pp. 109 y ss.

la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja de todos los países), los 196 Estados parte en los Convenios de Ginebra de 1949. Se convoca una sesión ordinaria cada cuatro años y en ellas se adoptan las resoluciones que establecen la actuación del movimiento en los cuatro años siguientes. Cada Conferencia Internacional se basa en unos objetivos que se resumen en un lema. En la XXXII Conferencia fue «El poder de la humanidad» y comprende la deliberación en el orden del día de problemas actuales de DIH y de otros retos relacionados con la acción humanitaria del movimiento, en particular la migración, como tema destacado.

## VI. EL NACIMIENTO DEL «ORNITORRINCO»

Ya en el Consejo de Delegados de Sevilla del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (noviembre, 1997), la Cruz Roja Española suscribió una propuesta para el establecimiento de un sistema de informes periódicos que deberían rendir los Estados parte en los Convenios de Ginebra sobre el grado de cumplimiento de sus obligaciones derivadas de los instrumentos de DIH. La propuesta no prosperó fuera de este ámbito.

En la XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y Media luna Roja (Ginebra 2011) se aprobó una Resolución 1 sobre *«El fortalecimiento de la protección jurídica de las víctimas de los conflictos armados»*, invitando al CICR en cooperación con los Estados a proseguir las investigaciones, las consultas y los debates para hallar y proponer diversas opciones y formular recomendaciones para mejorar y asegurar la eficacia de los mecanismos para controlar el respeto del DIH, expresando su reconocimiento a Suiza por su determinación a colaborar y llevar la iniciativa en esta materia. En el año 2013, el Consejo de Delegados expresó su apoyo a la labor que lleva a cabo el CICR en desarrollo de la citada Resolución 1 de la mencionada Conferencia Internacional.

En definitiva la iniciativa Suiza-CICR, como facilitadores del proceso de consultas, comenzó el 13 de julio de 2012 con una reunión de Estados (en total participaron 145 Estados a lo largo todas las reuniones). La cuarta y última consulta se celebró en Ginebra los días 23 y 24 de abril de 2015.

Se trataba de crear un posible nuevo sistema de control del cumplimiento del DIH, cuyo principal componente sería una reunión regular de Estados. Aunque existieron opiniones estatales coincidentes, algunos países se mantuvieron divergentes y el resultado fue la elaboración de un

Proyecto de Resolución que sería sometido a la aprobación de la próxima XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (diciembre de 2015). En el proceso de consultas (a través de nueve reuniones de Estados) se evidenció como laguna importante la ausencia de una plataforma dedicada al diálogo regular y la cooperación entre los Estados sobre temas relativos al DIH. Las divergencias estatales comprometieron la preparación de un documento de consenso y la estructura del mecanismo propuesto, de forma que mereció inicialmente por su indeterminación y al tratar de reflejar posturas contradictorias, ambiguas e inéditas el nombre de «*ornitorrinco*», que encabeza el título de este trabajo.

Entre los principios que guiaron el proceso de consultas destacó el carácter voluntario o no vinculante jurídicamente de la llamada Reunión de Estados, sus funciones y tareas. Pero, además, se formularon los principios rectores siguientes: Eficacia del sistema de cumplimiento del DIH, importancia de evitar la politización, conducción del proceso por los Estados basado en el consenso, necesidad de que las consultas se basen en los principios del derecho internacional, evitar toda duplicación innecesaria con otros sistemas de control, tomar en consideración los recursos, hallar las formas adecuadas para garantizar la inclusión de todos los tipos de conflicto armado y sus partes, garantizar la universalidad, la imparcialidad y la no selectividad y la necesidad de que el proceso se base en el diálogo y la cooperación.

En definitiva se trataba de establecer un foro institucional, eficaz, voluntario y no politizado, que podría llamarse «*Reunión de los Estados sobre el derecho internacional humanitario*», regulándose su periodicidad (anual), participación (Estados parte en los Convenios de Ginebra de 1949), sesiones plenarias, estructura institucional (presidencia, mesa y secretaría) y recursos (de aportación voluntaria). No implicaría enmiendas a los Convenios de Ginebra de 1949 ni la aprobación de un nuevo tratado y se regularía la relación futura entre las Conferencias Internacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y la Reunión de Estados. En cuanto a las posibles atribuciones de estas reuniones de Estados se consideraron especialmente adecuadas para mejorar el respeto del DIH los debates temáticos acerca de las cuestiones humanitarias y la presentación de informes periódicos sobre el cumplimiento a nivel nacional del DIH. Podrían participar como observadores los componentes del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

Con estas características se elaboró un informe final de las consultas estatales, para su presentación ante la XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja que sirvió de fundamento para la ela-

boración de un Proyecto de Resolución denominado «*Fortalecimiento del cumplimiento del derecho internacional humanitario*», que se incluyó en el orden del día de la Conferencia para debate en el Comité de Redacción y su posible aprobación en la sesión plenaria.

## VII. LA XXXII CONFERENCIA INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA Y DE LA MEDIA LUNA ROJA (GINEBRA, 8-10 DICIEMBRE 2015)

### A. TEMAS FUNDAMENTALES DE LA CONFERENCIA

Los temas fundamentales tratados y que fueron el objeto de las correspondientes resoluciones fueron «Fortalecimiento de las normas de DIH que protegen a las personas privadas de libertad», «Fortalecimiento del cumplimiento del DIH», «Violencia sexual y por motivos de género», «Asistencia de salud en peligro», «La protección y seguridad de los voluntarios humanitarios» y «Fortalecimiento de los marcos normativos aplicables en casos de desastre». Cada tema fue objeto de debate en la Comisión de Redacción y plasmado en una resolución adoptada por consenso en la sesión plenaria. Sin embargo, en el campo del Derecho Internacional Humanitario, la postura de determinados Estados impidió alcanzar resultados satisfactorios.

### B. LA RESOLUCIÓN SOBRE EL FORTALECIMIENTO DEL CUMPLIMIENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Como hemos apuntado, la llamada iniciativa Suiza y del CICR, después de cuatro años de trabajos, reuniones y consultas con los Estados, se concretó en una Propuesta de Resolución muy bien razonada denominada «*Fortalecimiento del cumplimiento del DIH*»<sup>27</sup> que constituía uno de los temas más relevantes de la Conferencia Internacional. En resumen, ante las deficiencias en los mecanismos para garantizar la aplicación de las normas del DIH y proteger a las víctimas de los conflictos armados, se proponía (de forma compatible con unos principios rectores que garantizaban la neutralidad y la imparcialidad) la constitución de un foro institucional eficaz, voluntario y no politizado, denominado Reunión de Estados sobre

---

<sup>27</sup> *Strengthening compliance with international humanitarian law*, Draft Resolution, nº 32IC/15/19.DR. Original English, Geneva, December 2015.

el DIH, con el fin de que los Estados se pudieran reunir con regularidad con objeto de intercambiar opiniones sobre cuestiones relacionadas con el respeto al DIH, incorporando debates temáticos y la presentación de informes periódicos voluntarios. Se crearía una estructura básica, con una presidencia, una mesa y una secretaría. La presentación corrió a cargo de Suiza y del CICR.

Desde la primera reunión del Comité de Redacción, que debía preparar un texto de consenso, se advirtió la postura abiertamente contraria al proyecto de un grupo numeroso e importante de Estados (Federación de Rusia, Belarús, India, China, Argelia en nombre de la Liga Árabe, Siria, Egipto, Irán, Paquistán, Sudáfrica, Israel, Sri Lanka, Cuba, República Democrática de Corea, Ecuador, Emiratos Árabes Unidos y Venezuela, entre otros), que objetaron la constitución de la propuesta Reunión de Estados, a pesar de su carácter voluntario, y se opusieron radicalmente a los términos de la resolución.

En sus primeras intervenciones la Federación de Rusia ya expresó su posición de que no podría llegar a un acuerdo sobre el texto del Proyecto de Resolución, aludiendo a diversas propuestas alternativas, entre las que se encontraba la pertinencia de foros regionales de discusión y la eficacia de los sistemas existentes («no hacen falta nuevos mecanismos») en lugar de la reunión de Estados, por lo que propuso la continuación en el futuro de los esfuerzos para alcanzar un texto aceptable. La India apoyó decididamente la postura rusa, al igual que Israel, Siria, Sudáfrica, Argelia, Cuba, Etiopía, Pakistán e Irán. En el propio Comité de Redacción, la Federación Rusa, India, Israel, Siria y Belarús presentaron para debate un texto alternativo (*Draft Strengthening Compliance with International Humanitarian Law*) en que, después de reconocer la importancia del diálogo bilateral entre los Estados y el CICR y sobrevalorar las discusiones a nivel regional, invitaba a los Estados a continuar sus esfuerzos para fortalecer la efectividad de los mecanismos existentes de cumplimiento del DIH. El CICR y el Departamento de Asuntos Exteriores de Suiza presentaron entonces un texto de resolución (*Draft Resolution, 321C/15/19.2DR\_REV. 2*) que buscaba el consenso al reconocer la necesidad de negociaciones adicionales por parte de los Estados para la primera Reunión de Estados, pero manteniendo la necesidad de establecer un foro institucional, eficaz, voluntario, no politizado y no selectivo, que se denominaría Reunión de Estados sobre DIH.

Aunque durante los debates, el Proyecto de Resolución contó con el apoyo de los Estados de la Unión Europea, Suiza, el CICR, Estados Unidos de América, Canadá, Japón, Australia, Nueva Zelanda, Indonesia, Filipinas, Croacia, Albania, Noruega, Colombia, Costa Rica, Mónaco, Chile,

Argentina, Uruguay, Singapur o Ruanda (en nombre del Grupo Africano), además de las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja de los países de la Unión Europea (Reino Unido, España, Francia, Países Bajos, Italia, Grecia, Portugal y Austria), Noruega, Japón, Argentina, Australia y hasta 26 Sociedades Nacionales, no se pudo lograr el mínimo consenso en las largas deliberaciones, que se extendieron hasta altas horas de la madrugada.

El decepcionante resultado fue la resolución, aprobada por el pleno de la Conferencia (que aún así contó con una intervención crítica de Siria), que recomendaba dar continuidad al proceso intergubernamental con miras a la presentación de los resultados ante la XXXIII Conferencia Internacional, que se celebrará dentro de cuatro años (en el año 2019). Nada más alejado del Proyecto de Resolución presentado, por lo que el CICR emitió un comunicado (10 de diciembre de 2015) lamentando la ausencia de acuerdo de los países para establecer un mecanismo con objeto de fortalecer el cumplimiento del DIH.

El texto de la resolución<sup>28</sup> aprobada por consenso, después hacer referencia a los principios rectores e insistir en el carácter voluntario del proceso de consultas y su resultado («*es decir, que no sean jurídicamente vinculantes*»), en su parte dispositiva recomendaba la continuidad del proceso intergubernamental regido por los principios rectores para convenir las características y funciones de un eventual foro de Estados (desaparece incluso la mención de la Reunión de Estados) y hallar gracias a las posibilidades que brindan la Conferencia Internacional y los foros regionales (recurrente insistencia de los Estados opositores) en materia de DIH, cauces que mejoren el respeto de este, con miras a la **presentación de los resultados de este proceso intergubernamental ante la XXXIII Conferencia Internacional (año 2019)**<sup>29</sup>

#### C. LA POSICIÓN DEL REINO DE ESPAÑA EN LA XXXII CONFERENCIA INTERNACIONAL

El Reino de España ha tenido una actuación muy positiva y elogiada en la preparación y apoyo de las resoluciones de la XXXII Conferencia Internacional, contando con la colaboración de la Cruz Roja Española. Concretamente en la resolución sobre el Fortalecimiento del cumplimiento del DIH, su aportación ha sido muy relevante con la participación de la

<sup>28</sup> Resolución 321C/15/19.2DR REV 3, Ginebra, diciembre 2015.

<sup>29</sup> La negrita y el subrayado son aportación del autor de este trabajo.



embajadora en Misión Especial en Asuntos Humanitarios Marta Vilardell i Coma, así como de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (AJI), siempre en la línea de colaborar con la iniciativa durante las reuniones preparatorias y apoyándola en la XXXII Conferencia Internacional, de acuerdo con la posición de la Unión Europea.

## VIII. CONCLUSIÓN: UN PASO ATRÁS EN EL SISTEMA DE EFICACIA DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Como hemos afirmado, del articulado de los Convenios de Ginebra de 1949 y de sus Protocolos Adicionales, se deriva un sistema de eficacia para el cumplimiento de las normas del DIH, aplicación que se refuerza por la tipificación de los crímenes de guerra en los ordenamientos penales estatales y por la existencia de Tribunales Penales Internacionales, en particular la Corte Penal Internacional. Sin embargo, es lo cierto que las normas humanitarias se incumplen con frecuencia e impunidad en los conflictos armados actuales. Al no prosperar la resolución relativa al Fortalecimiento del cumplimiento del DIH (iniciativa Suiza-CICR) se ha perdido una oportunidad para mejorar la protección de las víctimas de la guerra, especialmente de la población civil. El mecanismo propuesto, que no ha sido aprobado, solo suponía un modesto paso adelante para mejorar la aplicación de las normas existentes, dado el carácter voluntario de las reuniones de Estados y los informes periódicos estatales, pero ni siquiera esta moderada iniciativa ha logrado el consenso de la Comunidad Internacional, por evidentes motivos políticos que han primado sobre las razones humanitarias. Las ventajas que la reunión de Estados podría aportar al cumplimiento del DIH se concretarían en el establecimiento de un foro universal donde, de forma periódica, se pudiera analizar la respuesta estatal a los desafíos que los conflictos armados actuales presentan a la asistencia humanitaria de sus víctimas.

A la vista de la postura intransigente de algunos Estados importantes en la XXXII Conferencia Internacional no se puede albergar esperanza a corto plazo de que se logre el necesario consenso para aprobar un mecanismo que fortalezca el cumplimiento del DIH. Habrá que esperar a las próximas consultas entre los Estados, si Suiza y el CCR deciden convocarlas, para ver si se puede avanzar en el mecanismo propuesto sin éxito o se exploran otros sistemas para mejorar la aplicación del DIH, ante la deficiencia de los existentes, pero no se puede ser optimista por la dura oposición expresada por significados Estados en diciembre de 2015.



## PRISIÓN PROVISIONAL

María del Carmen Virseda Fernández  
*Comandante auditor del Cuerpo Jurídico Militar*  
*Jefe de la Asesoría Jurídica de la Armada en Canarias*  
*Doctora en Derecho*

### SUMARIO

1.- Jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre los presupuestos de la prisión provisional. 1.1 Introducción. 1.2. Presupuestos. 1.3. Conclusiones. 2.- La prisión provisional eludible bajo fianza. 2.1. Introducción. 2.2. Cuantía de la fianza según doctrina del TC. 2.3. Cuantía de la fianza según doctrina del TEDH. 3.- Jurisprudencia del TC y TEDH acerca de las exigencias de motivación del auto de prisión provisional a los efectos de no vulnerar la presunción de inocencia.

## 1. JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LOS PRESUPUESTOS DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

### 1.1 INTRODUCCIÓN

A partir de la Constitución de 1978, la prisión provisional, que fundamentalmente había permanecido con la redacción originaria de la LECrim de 1882, se modificó varias veces en un corto período de tiempo, bien de modo directo en virtud del art. 17.4 de la Constitución, o indirecto, en relación a la

remisión efectuada por el art. 10 de la Constitución a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Acuerdos y Tratados Internacionales ratificados por España, así como por la Ley 16/1980 de 22 de abril, que amplió el ámbito de aplicación de la prisión provisional; la Ley Orgánica 7/1983 de 23 de abril, que estableció los límites temporales a la prisión provisional; la Ley Orgánica 10/1984 de 26 de Diciembre, que amplió la discrecionalidad del juez para su adopción, y, finalmente, la L.O. 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, que modifica la forma de dictar la prisión provisional, sin que pueda adoptarse sin petición de alguna de las partes, introduciendo, por tanto, de manera preceptiva, los principios acusatorio y de contradicción.

La L.O. 13/2003, de 24 de octubre, es la última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional. La exposición de motivos de la citada ley, señala que la necesidad de la reforma era urgente, ya que pese a las anteriores y sucesivas reformas de la prisión provisional, esta no se adaptaba a la Constitución española y a la jurisprudencia que sobre dicha institución había venido sosteniendo nuestro Tribunal Constitucional<sup>1</sup>, de acuerdo con los Pactos Internacionales de Derechos Humanos suscritos por España, en especial la Declaración Universal de los Derechos Humanos (arts. 8-11), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 9-10) y el Convenio Europeo para la salvaguarda de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (art. 5).

La prisión provisional se contempla como un mal necesario en la mayoría de los ordenamientos procesales penales contemporáneos<sup>2</sup>. De tal manera que se configura esta medida cautelar para asegurar, de un lado, la presencia del imputado ante la autoridad judicial, pues, como se sabe, no es posible celebrar el juicio oral sin imputado presente en las actuaciones de la vista; y de otro, para asegurar el cumplimiento de la ulterior y eventual sentencia de condena.<sup>3</sup>

Hace ya mucho tiempo que el Tribunal Constitucional español, basándose en gran parte en diversas resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha venido construyendo un amplio cuerpo de doctrina sobre los presupuestos, circunstancias y requisitos necesarios para que la prisión provisional se ajuste a los principios de necesidad y proporcionalidad exigibles para justificar afecciones a cualquier derecho fundamental, máxime si este es el de la libertad individual de los ciudadanos.

---

<sup>1</sup> Gimeno Sendra V. «La necesaria reforma de la prisión provisional», La Ley, nº 5411, noviembre, 2001, págs. 1-10

<sup>2</sup> Arts. 273-275 del CPP italiano; en el CPP francés; en los arts. 248º a 253º del CCP portugués; y en los 112 y ss. del StPO alemán.

<sup>3</sup> Sala Segunda, Sentencia 27/2008, de 11 de febrero de 2008 (BOE núm. 64, de 14 de marzo de 2008).

## 1.2. PRESUPUESTOS

La legitimidad de esta medida cautelar se construye en base a los siguientes presupuestos extraídos de multitud de resoluciones tanto del TC como del TEDH:<sup>4</sup>

- 1) Existencia de «indicios racionales sobre la comisión de un hecho delictivo» y de su presunto autor.
- 2) Que «estos hechos se encuentren castigados con una determinada pena». Una pena que, a pesar de ser un elemento trascendente, no debe ser el único que el juez estime para decretar la prisión provisional. Habrá de considerarse también la proporcionalidad de esta medida y las circunstancias particulares del hecho y su presunto autor, para mantener el adecuado equilibrio entre el derecho fundamental a la libertad y los intereses que con aquella se tratan de proteger, puesto que ha de compaginarse el deber estatal de perseguir eficazmente los delitos y la protección de las libertades ciudadanas.
- 3) La prisión provisional es una «medida excepcional y subsidiaria» que solo habrá de adoptarse habiendo necesidad justificada, y solo cuando las circunstancias no permitan o aconsejen otras medidas cautelares de similar utilidad, pero menos traumáticas. Asimismo, no debe verse como medida rígida y condicionada por las circunstancias iniciales que la determinan, sino flexible y variable en razón a posibles alteraciones en aquellas, que aconsejen su sustitución.
- 4) La «resolución» acordando prisión preventiva deberá ser «siempre motivada» y los argumentos que le sirvan de base deberán girar acerca de su razonabilidad y suficiencia.
- 5) Esta medida cautelar está orientada a la consecución de unos «fines» que son los previstos en la ley.

---

<sup>4</sup> Doctrina extraída de multitud de resoluciones del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Del Tribunal Constitucional: SS 41/1982 de 2 de julio; 56/1987 de 14 de mayo; 3/1992 de 13 de enero; 52/1995 de 23 de febrero; 128/1995 de 26 de julio; 37/1996 de 11 de marzo; 62/1996 de 16 de abril; 158/1996 de 15 de octubre; 44/1997 de 10 de marzo; 66/1997 de 7 de abril; 98/1997 de 20 de mayo; 156/1997 de 29 de abril; 49/1999 de 5 de abril; 47/2000 de 17 de febrero.

Del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: SS 27 de junio de 1968 –Caso Neumeister v. Austria; 10 de noviembre de 1969 –Caso Matznetter; 27 de agosto de 1992 –Caso Tomasi v. Francia; 26 de enero de 1993 –Caso W y Suiza.

En nuestro ámbito interno, «los requisitos de la prisión provisional» se regulan en el art. 503 redactado por el artículo primero de la L.O. 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional y son:

### **1) Gravedad de la pena y del hecho enjuiciado (503.1)**

«Que conste en la causa la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito sancionado con “pena igual o superior a dos años de prisión”, o inferior siempre que el imputado tenga antecedentes penales no cancelados ni cancelables, por delito doloso».

Este es un elemento que inicialmente hace referencia a la seriedad del delito presuntamente cometido. El tipo de pena señalada al delito adquiere una enorme relevancia tanto para permitir la prisión provisional (en razón del principio de proporcionalidad), como para establecer sus límites, pues solo puede decretarse, concurriendo el resto de las circunstancias, cuando se trate de una pena privativa de libertad de, al menos, dos años de prisión.

Se encuentran, en primer lugar, las características y la gravedad del delito imputado y de la pena con que se amenaza, y, en segundo lugar, las circunstancias concretas y las personales del imputado. Ahora bien, este último criterio puede no ser exigible en un primer momento, por no disponer el órgano judicial de tales datos. Por ello se ha afirmado que, si bien en ese primer momento la medida de la prisión provisional puede justificarse atendiendo a criterios objetivos, como la gravedad de la pena o el tipo de delito, en un momento posterior el paso del tiempo obliga a ponderar, no solo si se han modificado estas circunstancias, sino también las circunstancias personales conocidas en ese momento.<sup>5</sup>

### **2) Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión (503.2)**

Se sigue dejando al arbitrio judicial la consideración de cuando aparecen en la causa los «motivos bastantes», que junto a la comisión de uno o

---

<sup>5</sup> SSTC 37/1996 de 11 de marzo, 62/1996 de 16 de abril.

más delitos y la persecución de alguno de los fines, habilita al juez o tribunal para adoptar la medida cautelar.

Un mínimo de rigor sistemático impone que dicha expresión se considere análoga a los «indicios racionales de criminalidad», previstos en los arts. 384 y 637.1 de la LECrim, entendidos como sospecha fundada de que se ha cometido el delito, así como la autoría o participación en el mismo, pero no entendidos como mera sospecha o simples indicios, puesto que estos no deberían generar prisión preventiva.

La presunción de inocencia hace que la prisión provisional no recaiga sino en supuestos donde la pretensión acusatoria tiene un fundamento razonable, es decir, allí donde existan indicios racionales de criminalidad; pues de lo contrario vendría a garantizarse, nada menos que a costa de la libertad, un proceso cuyo objeto pudiera desvanecerse.

Los estándares constitucionales actuales ubican la valoración desde una vulneración autónoma de la libertad como derecho fundamental, desvinculándolo de las referencias a la presunción de inocencia. Si con la invocación de este derecho fundamental, lo que se cuestiona es la existencia del presupuesto habilitante de la medida adoptada, la existencia de indicios racionales de criminalidad, la queja ha de reconducirse a las relativas al derecho a la libertad.<sup>6</sup>

### **3) Que se logren con la prisión provisional algunos de los siguientes fines<sup>7</sup> (503.3)**

a) Asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un «riesgo de fuga».

Para valorar la existencia de este peligro se atenderá conjuntamente a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado, a la situación familiar, laboral y económica de este, así como a la in-

<sup>6</sup> STC 128/1995, de 26 de julio); SSTC 66/1997, de 7 de abril; 47/2000, de 17 de febrero y 65/2008 de 29 de mayo.

<sup>7</sup> La STC 62/2005, de 14 de marzo, después de recordar los fines especificados en el artículo 503 LECrim, tras la aprobación en la L.O. 13/2003, dice: «Como puede fácilmente comprobarse, a los fines anteriormente señalados por la jurisprudencia constitucional se añade el evitar que el imputado pueda actuar contra los bienes jurídicos de la víctima, circunstancia que hacen especialmente presente en el caso de que la acusación verse sobre un delito de violencias habituales en el ámbito doméstico» (FJ 4) y como fundamento la ponderación de las circunstancias concretas que, de acuerdo con el presupuesto legal y la finalidad constitucionalmente legítima, permitan la adopción de la medida; SSTC 62/1996, de 16 de abril, FJ 5; 44/1997, de 10 de abril, FJ 5; 66/1997, de 7 de abril, FJ 4; 33/1999, de 8 de marzo, FJ 3, y 14/2000, de 17 de enero, FJ 4.

minencia de la celebración del juicio oral, en particular en aquellos supuestos en que es procedente la incoación del procedimiento rápido para el enjuiciamiento de determinados delitos, regulado en los arts. 795 a 803 de la LECrim.

El TC ha dedicado gran cantidad de sentencias, siendo una de las más representativas, la STC 128/1995, de 26 de julio. En ella se hace referencia a que para valorar adecuadamente el riesgo de fuga, debe tomarse en consideración no solo la gravedad del delito y la pena (que pueden provocar ese intento de fuga), sino que además, hay que conjugar a la vez la importancia que tienen las circunstancias personales del imputado en cuanto suponen una disminución o incluso anulación de ese riesgo de fuga. Dice<sup>8</sup>: «En primer lugar, que al constatar la existencia de ese peligro deberán, en todo caso, tomarse en consideración, además de las características y la gravedad del delito imputado y de la pena con que se le amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado. En efecto, la relevancia de la gravedad del delito y de la pena para la evaluación de los riesgos de fuga y, con ello, de frustración de la acción de la Administración de la Justicia resulta innegable tanto por el hecho de que, a mayor gravedad, más intensa cabe presumir la tentación de la huida, cuanto por el hecho de que a la mayor gravedad de la acción cuya reiteración o cuya falta de enjuiciamiento se teme, mayor será el perjuicio que, en el caso de materializarse la fuga, sufrirían los fines perseguidos por la Justicia. Sin embargo, ese dato objetivo inicial y fundamental, no puede operar como único criterio de aplicación objetiva y puramente mecánica a tener en cuenta al ponderar el peligro de fuga, sino que debe ponerse en relación con otros datos relativos tanto a las características personales del inculpado como el arraigo familiar, profesional y social, las conexiones en otros países, los medios económicos de los que dispone, etc.». Nuestro Tribunal Constitucional en sentencias SSTC de 3 marzo 1993; 26 julio 1995; 15 abril 1996 y 20 mayo 1997, refleja también la doctrina expuesta.

De modo similar se pronuncian las sentencias del TEDH de 27 de junio de 1968, caso Neumeister; de 10 de noviembre de 1969, caso Matznetter; de 10 de noviembre de 1969, caso Stögmüller; de 26 de junio de 1991, caso Letellier; de 27 de agosto de 1992, caso Tomasi; de 26 de enero de 1993, caso W. contra Suiza; de 28 marzo de 1990; 12 diciembre de 1991 y 26 enero de 1993.

Especialmente importante es la enumeración de elementos para la valoración del riesgo de huida que realiza la sentencia del TEDH 27 de junio de 1968 (caso Neumeister). Tras declarar que la apreciación de este criterio

---

<sup>8</sup> STC 128/1995, de 26 de julio, FJ 4.



no puede basarse exclusivamente en el temor a la gravedad de una eventual condena, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma que «hay otras circunstancias, referentes especialmente al carácter del interesado, a su moralidad, a su domicilio, profesión, recursos, lazos familiares y de cualquier naturaleza con el país en que está procesado, que pueden confirmar el peligro de fuga o bien que no se justifica la detención provisional».

Otros aspectos que el TEDH tiene en cuenta para la estimación del elemento analizado son los siguientes:

- a) El grado de oposición del imputado a la detención (caso Stogmuller).
- b) La falta de arraigo, vínculos o integración social en el país en que se está en situación de prisión provisional (casos Stogmuller, B contra Austria, y Vand der Tang contra España).
- c) Las circunstancias de la detención (caso Matznetter).
- d) Los viajes al extranjero y los contactos con este (casos Matznetter y B contra Austria).

En el supuesto de que no exista el más mínimo indicio de que en el caso de que el imputado sea puesto en libertad, este vaya a aprovechar esa circunstancia para sustraerse a la acción de la justicia, sobre todo si tenemos en cuenta que ya ha existido tiempo transcurrido y sufrido de prisión, y que el imputado tenga arraigo suficiente, se puede solicitar y conseguir el cambio de la medida de prisión por la de libertad provisional.

b) «Evitar que el imputado oculte, altere o destruya elementos probatorios», en los casos en que exista un peligro fundado y concreto.

En este sentido se considera como motivo suficiente de la prisión preventiva el aseguramiento de la instrucción respecto a la consecución o no destrucción de pruebas, pero lógicamente ha de durar el tiempo imprescindible a estos efectos.<sup>9</sup>

Se reconoce también en ese artículo, que no procederá adoptar la prisión provisional por tal causa cuando pretenda inferirse del ejercicio legítimo del derecho de defensa o de la falta de colaboración del imputado que, como sabemos, no está obligado a confesarse culpable ni a declarar contra sí mismo, ni a facilitar la búsqueda de pruebas de cargo contra él.

Esta finalidad se incorpora por primera vez en la regulación positiva de la prisión provisional y es ajena a nuestra tradición procesal.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> STEDH de 16/7/1971, caso Ringeigen.

<sup>10</sup> Se incorpora en la actual regulación por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, la obstrucción de la instrucción penal como uno de los riesgos relevantes que pueda originar la adopción de la medida cautelar de prisión, al igual que sucede en otras

Esta finalidad ha sido reconocida tanto por el TEDH como por el TC.<sup>11</sup>

Lo que está claro es que no parece que pueda anticiparse el cumplimiento de una pena simplemente para hacer más cómoda la investigación penal, porque ello viola la transparencia constitucional que debe presidir la instrucción penal, y a la que la ley ahora ha dado carta de naturaleza.<sup>12</sup>

c) «Evitar» que el «imputado» pueda actuar «contra bienes jurídicos de la víctima», especialmente cuando esta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal,<sup>13</sup> en cuyo caso no será aplicable el límite de duración de la pena privativa de libertad, que el propio artículo establece en dos años.

Efectivamente, la violencia ejercida en el entorno familiar y, en particular, la violencia de género constituye un problema grave en nuestra sociedad, y en este sentido el legislador español ha emprendido una serie de medidas legales destinada a combatir y a disuadir la comisión de estos delitos de violencia doméstica.

La ley solo se exige que, mediante la prisión provisional, se persiga el fin de que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente si se trata de las personas del art. 173 del C. Penal, sin que sea de aplicación, en estos casos, el límite punitivo de los dos años.<sup>14</sup>

d) «Evitar que el imputado cometa otros hechos delictivos»

También podrá acordarse la prisión provisional, para «evitar» el riesgo de que el «imputado cometa otros hechos delictivos».

Para valorar la existencia de este riesgo se atenderá a las circunstancias del hecho, así como a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer.

Solo podrá acordarse la prisión provisional por esta causa cuando el hecho delictivo imputado sea doloso. No obstante, el límite no será aplicable cuando de los antecedentes del imputado y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, pueda

---

legislaciones europeas (parágrafo 112 StPO alemán; art. 274 Códice de Prodecura Pénale italiano, art. 204 Código de Proceso Penal portugués).

<sup>11</sup> STEDH Asunto Contrada contra Italia de 24 de agosto de 1998 y SSTC 98/1997; 33/1999; 14/2000; 47/2000 y 8/2002).

<sup>12</sup> Ramos Mendez F. «Enjuiciamiento criminal», cit., pág. 258. En sentido favorable a la introducción de este precepto que, al decir de la jurisprudencia constitucional colma una laguna legal se manifiestan Gimeno Sendra V. «La necesaria reforma de la prisión provisional», cit, pág. 8, sobre todo en las instrucciones de delitos contra la criminalidad organizada; también Díaz Martínez M. «Prisión provisional e intereses constitucionalmente protegidos», cit., pág. 3.

<sup>13</sup> Tipificador de los malos tratos en el ámbito doméstico.

<sup>14</sup> Díaz Martínez M. «Prisión provisional e intereses constitucionalmente protegidos», cit., pág. 4. Sin embargo, Asencio Mellado J. M. «Reforma de la prisión provisional. El respeto a la excepcionalidad como garantía de la libertad», cit., pág. 7.

racionalmente inferirse que el imputado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad.

Esta última finalidad atribuida por la ley a la prisión provisional ha sido la más criticada por la doctrina.<sup>15</sup>

Pese a que el art. 503 permite adoptar esta excepcional medida en los dos últimos supuestos estudiados (peligro de ataque contra bienes jurídicos de la víctima y riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos), su adopción supone una finalidad claramente preventiva, con fines ajenos al hecho enjuiciado, y con una función preventiva y no la cautelar afín a la naturaleza jurídica de la prisión provisional, y ello con independencia de que el propio Tribunal Constitucional indique que en estos supuestos también estaríamos ante fines constitucionalmente legítimos.<sup>16</sup>

El «riesgo de reiteración delictiva» de esta nueva normativa es un concepto conexo con aquellos y cumple igualmente con el fin de prevención general inherente a la condena penal, más que con el fin cautelar típico de una medida previa a la destrucción de la presunción de inocencia.

Aunque pudiera parecer que otro importante motivo para poder decretar la prisión provisional podría ser la «alarma social», lo cierto es que el Tribunal Constitucional se ha expresado específicamente en contra. Así, por ejemplo, en la STC 191/2004, dice: «La alarma social no es un criterio válido a los efectos de apreciar la necesidad de la prisión provisional» (FJ 4).

### 1.3. CONCLUSIONES

En conclusión, la prisión provisional se caracteriza por las siguientes notas:

- Desde la STC 128/1995, de 26 de junio, el TC afirma que se trata de una medida cautelar cuya legitimidad constitucional, en tanto que

---

<sup>15</sup> Mir Puig C. «Prisión provisional. Los aspectos más polémicos de la reforma», *Revista Iuris. Actualidad y Práctica del Derecho*, nº 77, 2003, pág. 29. Faraldo Cabana P. «El proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en Materia de Prisión Provisional», cit., págs. 650- 651. Landrove Díaz G.G. «La reforma de la prisión provisional», cit., pág. 4. Díaz Martínez M «Prisión provisional e intereses constitucionalmente protegidos», cit., pág. 4. Barrera Hernández N. «La reforma de la prisión provisional. Luces y sombras», cit., pág. 5. Asencio Mellado J. M<sup>a</sup>, «Reforma de la prisión provisional. El respeto a la excepcionalidad como garantía del derecho a la libertad», op. cit., pág. 6. No lo cree así, sin embargo, el profesor Gimeno Sendra V. «La necesaria reforma de la prisión provisional», op. cit., pág. 9.

<sup>16</sup> SSTC 44/1997; 47/2000; 165/2000 y 8/2002.

limitativa del derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE) de quien aún goza del derecho a la presunción de inocencia, exige: como presupuesto la existencia de «indicios racionales» de la comisión de un delito por parte del sujeto pasivo; como objetivo, la consecución de «fines» constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida (riesgo de fuga, de obstrucción del normal desarrollo del proceso o de reiteración delictiva).<sup>17</sup>

- Es una «medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada» a la consecución de dichos fines.<sup>18</sup>
- La «presunción de inocencia» opera en el seno del proceso como una regla de juicio; pero, constituye a la vez una regla de tratamiento, en virtud de la cual el imputado tiene el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no participe en hechos de carácter delictivo. La presunción de inocencia exige que la prisión provisional solo recaiga en supuestos donde la pretensión acusatoria se fundamente razonablemente, sobre la base de indicios racionales de criminalidad.<sup>19</sup>

Asimismo, debemos tener en cuenta el principio de presunción de inocencia que rige nuestro ordenamiento jurídico, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que una persona en prisión preventiva, y cuya responsabilidad penal no ha sido establecida por una resolución judicial firme, disfruta de la presunción de inocencia.<sup>20</sup>

- Nos encontramos ante situaciones complejas que no pocas veces plantean dudas al juez en el momento de decidir si decreta o no la prisión provisional, sin fianza, lo que supone el ingreso en prisión, o si suaviza la situación estableciendo una fianza mediante la cual, el imputado, pueda eludir la prisión.

El propio Tribunal Constitucional determina la relevancia y fundamentalidad de tomar en consideración tanto la gravedad del delito como las cir-

---

<sup>17</sup> SSTC 128/1995, de 26 de julio, FFJJ 3 y 4; 66/1997, de 7 de abril, FJ 4; 33/1999, de 8 de marzo, FJ 3; 47/2000, de 17 de febrero, FJ 3; o más recientemente STC 35/2007, de 12 de febrero, FJ 2; Sentencia 65/2008, de 29 de mayo de 2008.

<sup>18</sup> SSTC 128/1995, de 26 de julio, FFJJ 3 y 4; 66/1997, de 7 de abril, FJ 4; 33/1999, de 8 de marzo, FJ 3; 47/2000, de 17 de febrero, FJ 3; o más recientemente STC 35/2007, de 12 de febrero, FJ 2; Sentencia 65/2008, de 29 de mayo de 2008.

<sup>19</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 109/86.

<sup>20</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sección 4ª), caso Iwanczuk contra Polonia, sentencia de 15 noviembre 2001.

cunstancias personales, pero reconoce la dificultad que supone para el juez acceder a este tipo de datos. El Alto Tribunal considera que para el juez, «en un primer momento», no es fácil conocer las circunstancias personales del imputado, por lo que debe acudir a «criterios objetivos» para decretar o no la prisión provisional.

En un «momento posterior», cuando ya haya podido conocer de esas circunstancias «personales», será cuando pueda ponderarlas y valorar si procede o no dejar sin efecto la prisión.<sup>21</sup>

- La prisión provisional, según reiteradas sentencias del Tribunal Constitucional, al incidir en la libertad personal, «requiere de causas específicas claras» (peligro de fuga, posibilidad de obstrucción a la investigación y reiteración delictiva) «que deben ser explicadas, explicitadas y justificadas» adecuadamente para acreditar la legitimidad de la medida.

A este respecto, la STC 164/2000, de 12 de junio, hace referencia a una consolidada doctrina que se mantiene hasta nuestros días y que se apoya en una treintena de sentencias iniciadas con la STC 26/1981, de 17 de julio.

Dice esta STC 146/2000: «En las sentencias citadas hemos dicho y reiterado que cualquier restricción en el ejercicio de un derecho fundamental necesita encontrar una causa específica prevista por la ley y que el hecho o la razón que la justifique debe explicitarse para hacer cognoscibles los motivos que lo legitiman. En concreto, al analizar el contenido del art. 17 CE en relación con la prisión provisional hemos destacado la inexcusabilidad de concebirla tanto en su adopción como en su mantenimiento, como una medida estrictamente necesaria, de aplicación subsidiaria, provisional y proporcionada a los fines que, constitucionalmente la justifican y pues se trata de una medida justificada en esencia por la necesidad de asegurar el proceso y ese fundamento justificativo traza la línea de demarcación con otro tipo de privaciones de libertad y condiciona, a la vez, su régimen jurídico»<sup>22</sup>.

- Ahora bien, ni la situación de prisión preventiva, ni la de libertad provisional, ni la cuantía de la fianza que permite acceder a la misma, constituyen situaciones jurídicas intangibles o consolidadas y por ello inmodificables, sino que, de conformidad con lo

<sup>21</sup> La STC 94/2001, de 2 de abril.

<sup>22</sup> STC 128/1995 de 26 de julio, FJ 3; TC 62/2005, de 14 de marzo.

previsto en el «art. 539» de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), «Los autos de prisión y libertad provisionales serán reformables durante todo el curso de la causa». Dicho precepto faculta, indiscutiblemente, a los órganos judiciales a modificar una situación anterior (de prisión o de libertad) «cuantas veces sea procedente» y a modificar la cuantía de la fianza «en lo que resulte necesario para asegurar las consecuencias del juicio». La STC 66/1997, de 7 de abril, FJ 1, la incidencia del paso del tiempo en el sustento de la medida de prisión provisional «obliga a posibilitar en todo momento el replanteamiento procesal de la situación personal del imputado y, por así expresarlo, a relativizar o circunscribir el efecto de firmeza de las resoluciones judiciales al respecto con la integración del factor tiempo en el objeto del incidente».<sup>23</sup>

- Es a la «jurisdicción ordinaria» a la que «compete» en exclusiva determinar en cada caso la concurrencia y valoración de los antecedentes fácticos justificativos de la «medida cautelar», única que goza de la intermediación necesaria para ello. Al TC, en su tarea de protección del derecho fundamental a la libertad, le corresponde controlar que dicha justificación, articulada a través de la motivación de las resoluciones judiciales, se lleve a cabo ponderando adecuadamente los derechos e intereses en conflicto y resolviendo de forma acorde con los fines legítimos que permiten justificar la limitación cautelar de la libertad personal.<sup>24</sup>

## 2. LA PRISIÓN PROVISIONAL ELUDIBLE BAJO FIANZA

### 2.1. INTRODUCCIÓN

La medida de prisión provisional está pensada para los supuestos en que no sea posible, de otro modo, garantizar la sujeción del imputado al proceso penal; de tal forma que si tal sujeción es posible adoptando la medida de libertad provisional (con o sin fianza), no es necesario adoptar la prisión provisional.

<sup>23</sup> Sala Primera. Sentencia 65/2008, de 29 de mayo de 2008 (BOE núm. 154, de 26 de junio de 2008).

<sup>24</sup> SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 4; 66/1997, de 7 de abril, FJ 4; 47/2000, de 17 de febrero, FJ 7; 179/2005, de 4 de julio, FJ 4; y 35/2007, de 12 de febrero, FJ 2; Sala Primera. Sentencia 65/2008, de 29 de mayo de 2008.

La libertad provisional es una medida cautelar intermedia entre la prisión provisional y la completa libertad, que trata de evitar la ausencia del imputado, que quedará así a disposición de la autoridad judicial y a las resultas del proceso, obligándose a comparecer periódicamente.

Artículo 529. «Cuando no se hubiere acordado la prisión provisional del imputado, el juez o tribunal decretará, con arreglo a lo previsto en el artículo 505, si el imputado ha de dar o no fianza para continuar en libertad provisional.

En el mismo auto, si el juez o tribunal decretare la fianza, fijará la calidad y cantidad de la que hubiere de prestar...».

Artículo 531. «Para determinar la “calidad y cantidad de la fianza” se tomarán en cuenta la naturaleza del delito, el estado social y antecedentes del procesado y las demás circunstancias que pudieren influir en el mayor o menor interés de este para ponerse fuera del alcance de la autoridad judicial».

La libertad provisional, con o sin fianza, en cuanto medida cautelar de naturaleza personal que implica una restricción de la libertad personal, debe ser contrastada con el criterio general que deriva del derecho fundamental a la libertad.<sup>25</sup>

## 2.2. CUANTÍA DE LA FIANZA SEGÚN DOCTRINA DEL TC

De la referida doctrina se infiere lo siguiente:

- 1) La legitimidad constitucional de las resoluciones judiciales que acuerdan la imposición de una fianza, cuando sustituye la prisión provisional o permite eludir la, no depende de su adecuación al derecho a la libre disposición de los bienes, sino a la libertad personal, dado que la no prestación de fianza habilita para el ingreso en prisión o para su mantenimiento, en tal sentido se pronuncia el TC en las sentencias: STC 108/1984, de 26 de noviembre, FFJJ 4 y 6; 178/1985, de 19 de diciembre, FJ 3, en relación con el denominado arresto del quebrado; 66/1989, de 17 de abril, FJ 5; 85/1989, de 10 de mayo; explícitamente en las SSTC 127/1984, de 28 de diciembre, FJ 5; 14/2000, de 17 de enero, FJ 7; AATC 336/1995, de 11 de diciembre; 158/2000, de 15 de junio, FJ 2; 169/2001, 16 julio, FJ 4.b).

<sup>25</sup> SSTC 56/1997, de 17 de marzo, FJ 9; 14/2000, de 17 de enero, FJ 7; y ATC 312/2003, de 29 de septiembre, FJ 4.

- 2) La fianza, no es una pena cuya concreción deba depender del mayor o menor grado de responsabilidad del imputado, sino que, de hecho, su «calidad y cantidad se determinan tomando en cuenta los elementos prescritos en el art. 531 de la LECrim», entre los que figuran la «naturaleza del delito, el estado social y antecedentes del procesado y las demás circunstancias» que pudieran influir en el mayor o menor interés de este para ponerse fuera del alcance de la autoridad judicial. En este sentido se pronuncia el TC en sentencias: STC 66/1989, de 17 de abril, FJ 6; ATC 730/1985, de 23 de octubre; Auto TC núm. 312/2002 (Sala Segunda, sección 3), de 29 de septiembre; Auto 312/2003, de 29 de septiembre de 2003.
- 3) En la cuantificación de la misma se ha de tener en cuenta el «riesgo de fuga», tal como se indica en el Auto TC 730/1985, de 23 de octubre. En la medida en que la fianza tiene por objeto primordial garantizar que quien ha sido procesado no intentará sustraerse a la acción de la justicia, parece lógico que se cuantifique en atención al mayor o menor número de probabilidades de que tal evento se produzca, como prevé el citado art. 531, en este sentido está el Auto 312/2003, de 29 de septiembre de 2003.

### 2.3. CUANTÍA DE LA FIANZA SEGÚN DOCTRINA DEL TEDH

El art 5.3 del CEDH «Toda persona detenida o privada de libertad en las condiciones previstas en el párrafo 1. c., del presente artículo (...) tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado a juicio».

A tenor de lo anterior, el TEDH sienta la siguiente doctrina:

- 1) El «objeto de la garantía» prevista en el artículo 5.3 del Convenio es asegurar, no la reparación del perjuicio, sino la «presencia del encausado en el juicio». Por tanto, su «cuantía» debe apreciarse principalmente «en relación al “interesado, sus ingresos y su relación con las personas que pueden prestar la caución”», y en definitiva, en relación con el grado de confianza que se puede tener en que la pérdida de la fianza o su ejecución en caso de no comparecer en juicio, actuará como un freno suficiente para «descartar toda idea de fuga».<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> Sentencia Neumeister TEDH 1968\2.



- 2) «Solo se puede exigir una fianza mientras persistan las razones que justifican la privación de libertad» del interesado.<sup>27</sup> Si el riesgo de fuga puede evitarse con la imposición de una fianza u otra garantía, el acusado debe ser liberado, sabiendo que si se puede anticipar una pena más leve se reduce el riesgo de fuga, y debe tomarse en consideración.<sup>28</sup> Las autoridades deben dedicar tanta atención al determinar la fianza adecuada como al decidir si el mantenimiento en prisión de un acusado sigue siendo o no indispensable.<sup>29</sup>
- 3) Asimismo, la cuantía de la «fianza» debe estar debidamente «justificada» en la decisión que la determina<sup>30</sup> y ha de tener en cuenta los «ingresos del interesado».<sup>31</sup> A este respecto, la no evaluación por los jueces internos de la capacidad real del detenido para depositar la fianza requerida ha sido un elemento para constatar la violación.<sup>32</sup>
- 4) Aunque la «cuantía de la fianza debe apreciarse principalmente en relación al interesado y sus ingresos», sin embargo «no parece irrazonable», en ciertas circunstancias, tomar igualmente en consideración la magnitud del «perjuicio» que se imputa,<sup>33</sup> el tribunal señaló que el juez interno había determinado la cuantía de la fianza teniendo en cuenta la magnitud de los daños, la gravedad de los delitos y sobre todo, el riesgo de fuga. Reconoció que el «riesgo de fuga» había sido «uno de los elementos esenciales que el Tribunal Regional tuvo en cuenta para fijar la cuantía de la fianza».
- 5) A partir de la Sentencia Neumeister, siempre ha considerado que «los lazos del interesado con las personas que pueden prestar la caución» figuran entre los criterios a utilizar para apreciar la cuantía de la garantía.<sup>34</sup>

---

<sup>27</sup> Sentencias Musuc contra Moldavia (PROV 2007\324410), núm. 42440/2006, ap. 42, 6 noviembre 2007; y Aleksandr Makarov contra Rusia (PROV 2009\110370), núm. 15217/2007, ap. 139, 12 marzo 2009.

<sup>28</sup> Sentencia Vrenčev contra Serbia (PROV 2008\299028), núm. 2361/2005, ap. 76, 23 septiembre 2008.

<sup>29</sup> Sentencias Iwańczuk (TEDH 2001\756), previamente citada, ap. 66; Bojilov contra Bulgaria (PROV 2005\4560), núm. 45114/1998, ap. 60, 22 diciembre 2004; Skrobol contra Polonia (PROV 2005\206157), núm. 44165/1998, ap. 57, 13 septiembre 2005; Hristova contra Bulgaria (PROV 2006\283245), núm. 60859/2000, ap. 110, 7 diciembre 2006; Musuc (PROV 2007\324410), previamente citada; y Georgieva contra Bulgaria (PROV 2008\231765), núm. 16085/2002, ap. 30, 3 julio 2008.

<sup>30</sup> Sentencia TEDH Georgieva (PROV 2008\231765).

<sup>31</sup> Sentencia Hristova (PROV 2006\283245).

<sup>32</sup> Sentencia Toshev contra Bulgaria (PROV 2006\204917).

<sup>33</sup> Sentencia Moussa contra Francia, núm. 28897/1995, de 21 mayo 1997; Sentencia Kudła contra Polonia (TEDH 2000\163), de 26 octubre 2000.

<sup>34</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Estrasburgo de 28 de septiembre 2010. Caso Prestige.

- 6) En ocasiones, para que la medida de la fianza siga siendo eficaz, se ha de tener en cuenta en su cuantificación el «entorno profesional» en el que se sitúa la actividad en cuestión.
- 7) Pese a que el tribunal debe velar por no prejuzgar el fondo del asunto, no le impide «emitir juicios que repercutan en el fondo cuando sean necesarios para apreciar el carácter razonable o no de la fianza solicitada».<sup>35</sup>

### 3. JURISPRUDENCIA DEL TC Y TEDH ACERCA DE LAS EXIGENCIAS DE MOTIVACIÓN DEL AUTO DE PRISIÓN PROVISIONAL A LOS EFECTOS DE NO VULNERAR LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El artículo 506.1 LECrim «Las resoluciones que se dicten sobre la situación personal del imputado adoptarán la forma de auto. El auto que acuerde la prisión provisional o disponga su prolongación expresará los motivos por los que la medida se considera necesaria y proporcionada respecto de los fines que justifican su adopción».

Las decisiones relativas a la adopción y mantenimiento de la prisión provisional han de expresarse a través de una «resolución judicial motivada».

La jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como del TEDH, a través de sus sentencias marcan las pautas relativas a los elementos de motivación que han de contener los autos por los que se decreta la prisión provisional. Por tanto, la motivación del auto, a fin de no vulnerar el derecho a la presunción de inocencia, ha de contener los siguientes elementos:

- 1) Ser «suficiente y razonable», entendiéndose por tal no la que colma meramente las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, sino aquella que respeta el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la libertad afectado.<sup>36</sup>

La prisión provisional, afecta al derecho fundamental a la libertad, en cuanto que la restringe, y solo debe decretarse cuando existan causas y razones realmente importantes y relevantes.

Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional a lo largo de su jurisprudencia, entre otras en la STC 191/2004, de 2 de noviem-

---

<sup>35</sup> Sentencia del TIDM de 6 de agosto de 2007 recaída en el asunto Hoshinmaru.

<sup>36</sup> Sala Primera. Sentencia 65/2008, de 29 de mayo de 2008 (BOE núm. 154, de 26 de junio de 2008).

bre. Ha resaltado y reiterado la especial trascendencia que adquiere una motivación adecuada cuando se trata de restringir o limitar un derecho fundamental, STC 165/2000; STC 62/2005, de 14 de marzo.

- 2) La motivación es «preceptiva, obligatoria y fundamental», hasta el punto de que la falta de motivación suficiente es la razón más frecuente por la que se otorga amparo.

Todos los autos han de ser fundados, por lo que aquellos que resuelven sobre la prisión provisional no son una excepción, aunque en ellos la motivación adquiere una especial relevancia por dos razones: En primer lugar, porque al decretar la prisión provisional conlleva la restricción de un derecho fundamental, el de la libertad personal del individuo.

En segundo lugar porque, no se trata de una cuestión fácil, pues el juez debe analizar, junto a datos objetivos (a los que suele tener acceso directo), cuestiones subjetivas relativas a las circunstancias personales del sujeto (datos no siempre fácilmente accesibles o comprensibles para el juzgador).

No solo hay que motivar los autos sino que hay que explicitarlos, tal como apunta la STC 47/2000, de 17 de febrero. En este sentido si los órganos judiciales no motivan dichas resoluciones judiciales, infringen ya, por esta sola causa, los derechos fundamentales afectados, SSTC 26/1981, de 17 Julio 1996.

La restricción del ejercicio de un derecho fundamental necesita encontrar una causa específica y el hecho o la razón que la justifique debe explicitarse para hacer cognoscibles los motivos por los cuales el derecho se ratificó. Por ello la motivación del acto limitativo, en el doble sentido de expresión del fundamento de derecho en que se basa la decisión y del razonamiento seguido para llegar a la misma, es un requisito indispensable del acto de limitación del derecho, SSTC 52/1995, de 23 Feb.

- 3) «Que pondere adecuadamente los intereses en juego», es preciso que la misma sea el resultado de la ponderación de los intereses en juego:

La libertad de la persona cuya inocencia se presume, por un lado.

La realización de la justicia penal y la evitación de hechos delictivos, por otro.

La ponderación constituye una exigencia formal del principio de proporcionalidad, y que esta ponderación no sea arbitraria, en el sentido de que resulte acorde con las pautas del normal razona-

miento lógico y especialmente con los fines que justifican la prisión provisional, en este sentido Sentencia 27/2008, de 11 de febrero de 2008; STC 333/2006, de 20 de noviembre, FJ 3.

- 4) En relación con la «constatación del peligro de fuga», deberán tomarse en consideración «además de las características y la gravedad del delito imputado y de la pena con que se le amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado», matizando que, si bien en un primer momento la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional pueden justificar que se adopte atendiendo solo a circunstancias objetivas como el tipo de delito y la gravedad de la pena, el transcurso del tiempo modifica el valor de este dato y obliga a ponderar las circunstancias personales del sujeto privado de libertad y los datos del caso concreto, tal como se refleja en las sentencias SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 4; 66/1997, de 7 de abril, FJ 4; 47/2000, de 17 de febrero, FJ 3; 35/2007, de 12 de febrero, FJ 2.
- 5) En cuanto a los «elementos» que deben presidir tal fundamentación, el TC ha identificado dos criterios de enjuiciamiento en la motivación de la medida cautelar.

El primero, exige tomar en consideración, además de las características y gravedad del delito imputado y de la pena con que se le amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado.

El segundo, introduce una matización en el anterior al valorar la incidencia que el transcurso del tiempo ha de tener en la toma de la decisión de mantenimiento de la prisión, de modo que, si bien es cierto que, en un primer momento, la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional así como los datos de que en ese instante disponga el instructor pueden justificar que el decreto de la prisión se lleve a cabo atendiendo solamente al tipo de delito y a la gravedad de la pena, dado que de este dato puede inferirse razonablemente la existencia de riesgo de fuga, por todas, STC 8/2002, de 14 de enero, FJ 4, el paso del tiempo modifica estas circunstancias y obliga a ponderar los datos personales y los del caso concreto conocidos en momentos posteriores, entre otras, SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 4 b); 37/1996, de 11 de marzo, FJ 6 a); 62/1996, de 16 de abril, FJ 5; 33/1999, de 8 de marzo<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> Sala Segunda. Sentencia 27/2008, de 11 de febrero de 2008 (BOE núm. 64, de 14 de marzo de 2008).

- 6) Por otra parte, respecto a la «proximidad de la celebración del juicio oral» como dato a partir del cual sustentar los riesgos que se pretenden evitar, el TC ha sostenido que al tener este dato un sentido ambivalente o no concluyente, dado que el avance del proceso puede contribuir tanto a cimentar con mayor solidez la imputación, como a debilitar los indicios de culpabilidad del acusado, el órgano judicial debe concretar las circunstancias que avalan en el caso concreto una u otra hipótesis, tal como apuntan SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 4; 66/1997, de 7 de abril, FJ 4; 47/2000, de 17 de febrero, FJ 3; 35/2007, de 12 de febrero, FJ 2. En particular en la STC 66/1997, FJ 6, «el hecho de que la tramitación se halle avanzada y la vista próxima es en sí mismo considerado un dato ambivalente a los efectos de nuestro enjuiciamiento: es cierto que el paso del tiempo, con el avance de la instrucción y la perfilación de la imputación, puede ir dotando de solidez a esta, lo que podría a su vez incrementar la probabilidad de una efectiva condena y, con ello, el riesgo de fuga. Sin embargo, no es menos cierto que en otras circunstancias el transcurso del tiempo puede producir efectos contrarios a los que acabamos de indicar, no solo porque el devenir del procedimiento puede debilitar los indicios que apuntan a la culpabilidad del acusado, sino también porque, como se razonó en la STC 128/1995 con amplia cita de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el argumento del peligro de fuga “se debilita por el propio paso del tiempo y la consiguiente disminución de las consecuencias punitivas que puede sufrir el preso” tal como se indica en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de junio de 1968, caso Wemhoff; de 27 de junio de 1968, caso Neumeister; de 10 de noviembre de 1969, caso Matznetter.

Esta ambivalencia es precisamente la que obliga a que, cuando se alude a lo avanzado de la tramitación y al aseguramiento de la celebración del juicio oral, dato puramente objetivo, se concreten las circunstancias específicas derivadas de la tramitación que en cada caso abonan o no la hipótesis de que, en el supuesto enjuiciado, el transcurso del tiempo puede llevar a la fuga del imputado. “La simple referencia a lo avanzado de la tramitación carece como tal de fuerza argumentativa para afirmar la posibilidad de que el imputado huya”».

- 7) La «falta de motivación», de la resolución judicial «afecta» primordialmente, por la vía de uno de sus requisitos formales esenciales, a la «propia existencia del presupuesto habilitante para la privación

de la libertad» y, por lo tanto, al derecho a la misma consagrado en el art. 17 CE, como se refleja en las sentencias SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 4; 47/2000, de 17 de febrero, FJ 3; 29/2001, de 29 de enero, FJ 2; y 138/2002, de 3 de junio, FJ 3.

Conforme a reiterados pronunciamientos del TC, los problemas de motivación en las resoluciones que acuerdan medidas limitativas de derechos fundamentales conciernen directamente a la lesión del propio derecho fundamental sustantivo y no, autónomamente, al derecho a la tutela judicial efectiva. Una decisión restrictiva de un derecho fundamental sustantivo, como es en este caso el derecho a la libertad, exige una resolución judicial cuya fundamentación no solo colme el deber general de motivación que es inherente a la tutela judicial efectiva, sino que, además, ha de extenderse a la justificación de su legitimidad constitucional, ponderando las circunstancias concretas que, de acuerdo con el presupuesto legal y la finalidad constitucionalmente legítima, permitan la adopción de dicha decisión, SSTC 47/2000, de 17 de febrero, FJ 7; y 29/2001, de 29 de enero, FJ 2.

Por ello, el análisis de la insuficiencia de motivación desde el enfoque del deber genérico de fundamentación de las resoluciones judiciales queda desplazado por un análisis desde la perspectiva del deber más estricto de fundamentación para la adopción de medidas restrictivas del derecho a la libertad.

- 8) La «falta de motivación incide en la estimación de amparo constitucional». Son reiteradas las sentencias del Tribunal Constitucional que otorgan amparo en supuestos de prisión provisional por falta de motivación de las resoluciones judiciales que decretan la prisión, SSTC 37/96, de 11 de marzo; 156/97, de 29 de septiembre; 8/2002, de 4 enero.

# **TEXTOS**





# **DOCUMENTACIÓN**



## DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

José-Leandro Martínez-Cardós Ruiz  
*Letrado mayor del Consejo de Estado*

### SUMARIO

I. Comentario general de doctrina legal: Sobre la posibilidad de reclamar créditos tributarios comprendidos en la responsabilidad civil derivada de delito en la vía judicial civil.- II. Doctrina legal del Consejo de Estado.

#### I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL

Procede examinar la cuestión de si cabe que la Agencia Tributaria –como está haciendo– reclame en vía civil el importe de intereses tributarios que no fueron reclamados en vía penal, junto con la deuda principal, en el caso de procedimientos seguidos por delitos contra la Hacienda Pública. La cuestión aboca a un problema de la naturaleza del crédito reclamado. Además, no es baladí, por cuanto si se considera que el crédito es civil y cabe reclamarlo en vía judicial ordinaria, los plazos de prescripción son los civiles de quince –ahora cinco años y no los tributarios cuatro años–.

El análisis requiere partir del concepto de responsabilidad civil derivada de delito. Como es sabido, el artículo 116 del Código Penal establece que «toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios».

La responsabilidad penal y la responsabilidad civil derivada delito tienen distinta naturaleza según afirman, con criterio unánime, tanto la doc-

trina científica civilista y penalista. Así lo ha declarado también el Tribunal Constitucional en Sentencias 33/1992, de 18 de marzo, y 316/1996, de 28 de noviembre, señalando que la segunda tiene un contenido exclusivamente patrimonial y, por ende, completamente civil.

En el proceso penal, la responsabilidad civil se define como la obligación que tiene el autor de un delito o falta, de reparar económicamente los daños y perjuicios causados o derivados de su infracción. Su finalidad es compensar a la víctima por los daños causados por lo que persigue un interés privado. La víctima del delito y beneficiario de la indemnización puede renunciar a ella siempre que no se atente contra el interés u orden público, ni perjudique a terceros. La responsabilidad penal tiene, por su parte, como objeto sancionar la conducta del responsable; no la de indemnizar los daños causados.

La reparación del daño ocasionado puede consistir con carácter en obligaciones de dar, hacer o no hacer algo. Estas serán determinadas por el juez atendiendo a la naturaleza de la infracción y a las condiciones personales y económicas del culpable.

La indemnización de perjuicios comprenderá no solo los ocasionados al agraviado, sino también a sus familiares o a terceros.

Si la víctima, por medio de su conducta, hubiera contribuido a la producción del daño o perjuicio sufrido, puede disminuir el importe de su indemnización.

El perjudicado por el delito puede optar por exigir la responsabilidad derivada del mismo en la vía penal –pudiendo ser cuantificada en la sentencia que ponga fin al procedimiento– o por la vía civil –en cuyo caso será necesario ejercer nuevas acciones ante los tribunales civiles–.

La acción de responsabilidad civil puede transmitirse a terceros, por ejemplo, a los herederos.

Como se ha dicho, es unánime el criterio que sostiene que la responsabilidad penal y la responsabilidad civil derivada del delito son instituciones absolutamente distintas.

Sin embargo, no hay esa misma unanimidad a la hora de determinar la naturaleza de la responsabilidad civil derivada del delito. Se discute si esta responsabilidad civil derivada de delito es la misma que la responsabilidad civil meramente extracontractual contemplada en el artículo 1902 del Código Civil o, por el contrario, es distinta de esta, constituyendo una categoría diferenciada.

En todos los ordenamientos jurídicos europeos se da una absoluta identidad entre dicha responsabilidad civil derivada de delito y la responsabilidad civil extracontractual (Gómez Calle, E.; «Responsabilidad civil extra-

contractual» en *Anuario de Derecho Civil*, 1991, pág. 285). Una y otra es la misma institución.

Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico, la cuestión no está clara. Ello es consecuencia de que el Código Penal contiene normas sustantivas relativas a la institución de la responsabilidad civil derivada del delito, que hacen dudar sobre si se trata de la misma figura o son dos distintas.

El artículo 1092 del Código Civil establece que «*las obligaciones que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal*». La remisión a la legislación penal está referida a los artículos 109 a 122 del Código Penal vigentes (antiguos 19 a 22 del Código Penal). En estos preceptos se encuentra la regulación de la denominada responsabilidad civil *ex delicto* y, procesalmente, con lo dispuesto en los artículos 100 y 107 a 117 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde se contienen las normas reguladoras del ejercicio de la acción civil derivada del delito. Por su parte, el artículo 1093 del Código Civil dispone que «*las obligaciones que se deriven de actos u omisiones no penadas por la ley quedarán sometidas a las disposiciones del capítulo II del título XVI de este libro*»; es decir, al artículo 1902 y siguientes del Código Civil. Así las cosas, parece que la responsabilidad civil derivada de delito se rige por las disposiciones del Código Penal según el artículo 1092 del Código Civil y la responsabilidad civil derivada de actuaciones que, aun cuando sean antijurídicas, no constituyen infracción penal se rige por el artículo 1902 del Código Civil –según previsión del artículo 1093 del mismo cuerpo legal–.

Afirma Casino Rubio (*Responsabilidad civil de la Administración y delito*, Barcelona, 1998, pág. 195) que la inclusión en el Código Penal de normas sustantivas en materia de responsabilidad civil es un fenómeno desconocido en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno más inmediato. Esta doble regulación del régimen de responsabilidad en nuestro sistema según proceda de un ilícito penal o de un ilícito civil obedece, no tanto a un deliberado propósito del legislador por establecer dos regímenes diferenciados, sino a una desacertada técnica legislativa y, en todo caso, a una simple razón histórica (Díaz Alabart, S.; «La responsabilidad por actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela», en *Anuario de Derecho Civil*, 1987, pág. 798). En efecto, al promulgarse el Código Penal de 1870, el legislador creyó conveniente introducir en su articulado algunas normas que viniesen a regular la responsabilidad por daños derivados de delito o faltas. Ello lo hizo para sustituir el confuso régimen de las vetustas acciones romanas hasta entonces aplicables. La inclusión se hizo con carácter provisional, hasta tanto el Código Civil –pendiente de elaboración entonces– viera la luz. Ahora bien, contra todo pronóstico, una vez promul-

gado el Código Civil en 1889, este no solo conservó las normas penales en materia de responsabilidad civil contenidas en el Código Penal sino que incluso consagró esa doble regulación en los artículos 1092 y 1093, otorgando carta de naturaleza a la situación actual (Martínez Novella, S.; «La responsabilidad civil de la Administración derivada de acciones penales», en *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2009, pág.207).

Con estos antecedentes, la doctrina y la jurisprudencia se han pronunciado en dos sentidos sobre la cuestión de si la responsabilidad civil derivada de delito y la responsabilidad civil extracontractual son la misma institución o no lo son.

Para unos, la responsabilidad civil derivada de delito y la responsabilidad civil extracontractual son instituciones completamente distintas. Es la postura sostenida hoy en día por un sector minoritario de la doctrina científica (Bustos Lago, J.M.; *El responsable civil en el proceso penal en la perspectiva de la reforma penal; modelos comparados y problemas del vigente sistema de acumulación potestativa*, Pamplona, 2004) y unánimemente por la Sala Primera del Tribunal Supremo (por todas las sentencias de 28 de noviembre de 1992 y 23 de marzo de 1998). Para esta opinión, la responsabilidad civil derivada de delito tiene sustantividad propia frente a la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil y también frente a otros regímenes de responsabilidad (como es el caso de la responsabilidad administrativa prevista en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Además, los defensores de este criterio consideran que el plazo de prescripción de la acción para exigir esta responsabilidad civil derivada de delito es de quince años conforme al artículo 1964 del Código Civil (hoy sería de cinco años según el artículo 1964.2, para las acciones nacidas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 42/2015, de 5 de octubre).

Para otros autores, por el contrario, la doble regulación de la materia de la responsabilidad civil en los Códigos Penal y Civil no es prueba de la existencia de dos instituciones diferentes, cada una con su régimen específico propio. Para estos, se impone una misma conclusión: ambas responsabilidades tienen un único y verdadero fundamento. En concreto, es la necesidad de reparar un daño patrimonial. Ambas responsabilidades son la misma institución. La doble regulación existente en nuestro ordenamiento jurídico es –dicen estos autores– «irracional» (Lacruz Berdejo), «de absoluto sin sentido» (Pantaleón Prieto), «un error garrafal» (Izquierdo Tolsada), «extraordinariamente perturbadora y atentatoria contra la seguridad jurídica» (Ruiz Vadillo) y «causa de muchos y graves problemas» (Díaz

Alabart). Así lo recoge Casino Rubio en el trabajo antes citado. Por consiguiente, la responsabilidad civil derivada de delito no es sino un cauce especial, existente por razones de economía procesal, para exigir la responsabilidad civil al tiempo que se ejercita la acción penal –evitando así un pleito civil después del procedimiento penal–. No es más que un cauce para ejercer una acción de resarcimiento, de manera que la acción civil se rige siempre por la regulación propia y específica que corresponda conforme a su naturaleza (el Código Civil si es civil extracontractual; la Ley 30/1992, si es administrativa; la legislación específica propia en los demás casos; y, en materia tributaria, por las normas reguladoras de esta).

A la vista de lo expuesto, si se atiende al criterio sustentado mayoritariamente por la jurisprudencia y, en especial, de la Sala Primera del Tribunal Supremo que declara que la responsabilidad civil derivada de delito es una institución distinta de la responsabilidad extracontractual, las demandas interpuestas por la Agencia Tributaria contra determinados deudores en reclamación de intereses no exigidos en la vía penal –y aun después– están correctamente planteadas ante la Jurisdicción Civil –que sería competente para conocer del pleito–. La Agencia Tributaria puede reclamar el importe de los intereses adeudados mediante un procedimiento civil puesto que el crédito –en que dichos intereses consisten– tiene carácter civil –no tributario– y, de ordinario, no está prescrito al serle de aplicación el artículo 1964 del Código Civil –que establecía el plazo de prescripción de quince años–, no obstante haber transcurrido el plazo de cuatro años instituido en la legislación tributaria.

En efecto, una cuestión análoga a la examinada ha sido resuelta por el Tribunal Supremo. En concreto, La sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2013, al resolver el Recurso 29/2013, solventó en sentido afirmativo la cuestión de si la responsabilidad civil en los delitos fiscales debía incluir o no el abono de los intereses de demora y declaró que el plazo de prescripción aplicable para reclamarlos era de quince años. Se basó para ello en la siguiente argumentación:

«En primer lugar las dudas doctrinales y jurisprudenciales que pudieran existir se han aclarado por el propio legislador. La reforma penal de 2010, ha establecido, sin duda de ninguna clase, que “la responsabilidad civil comprenderá el importe de la deuda tributaria... incluidos sus intereses de demora” (art. 305 5º CP), y esta inclusión se reitera en la redacción actual del precepto, en el apartado 7º del citado art. 305».

«Asimismo la disposición adicional décima de la Ley General Tributaria dispone que “En los procedimientos por delito contra la Ha-

cienda Pública, la responsabilidad civil comprenderá la totalidad de la deuda tributaria no ingresada, incluidos sus intereses de demora, y se exigirá por el procedimiento administrativo de apremio».

«En segundo lugar, en relación con los supuestos anteriores a la reforma legal, es obvio que la regla debe ser la misma. En efecto la doctrina de esta Sala ha recordado con reiteración el carácter de norma penal parcialmente en blanco del delito fiscal, que debe complementarse en el ámbito sustantivo por remisión a la normativa tributaria. Y si esta remisión debe ser aplicada para la determinación de la cuota tributaria defraudada, es lógico que deba igualmente aplicarse a la hora de determinar el interés que el defraudador debe abonar desde el vencimiento de la deuda tributaria impagada».

«Pues bien, en este aspecto, la normativa tributaria es muy clara. El artículo 58 de la LGT establece que la deuda tributaria estará constituida por la cuota o cantidad a ingresar que resulte de la obligación tributaria principal o de las obligaciones de realizar pagos a cuenta, incluyendo, entre otras magnitudes, el interés de demora. La Ley 58/2003 excluye expresamente del concepto deuda tributaria a las sanciones, por lo que no debe atribuirse a los intereses de demora naturaleza sancionatoria».

«El interés de demora se encuentra definido por el artículo 26 de la LGT como “una prestación accesoria que se exigirá a los obligados tributarios y a los sujetos infractores como consecuencia de la realización de un pago fuera de plazo o de la presentación de una autoliquidación o declaración de la que resulte una cantidad a ingresar una vez finalizado el plazo establecido al efecto en la normativa tributaria, del cobro de una devolución improcedente o en el resto de casos previstos en la normativa tributaria”».

«El interés de demora será el interés legal del dinero vigente a lo largo del periodo en el que aquel resulte exigible, incrementado en un 25%, salvo que la Ley de Presupuestos Generales del Estado establezca otro diferente».

«Y, en tercer lugar, no cabe apreciar razón alguna por la que los delincuentes fiscales deban resultar privilegiados en el abono de los intereses de su deuda tributaria respecto de cualesquiera otros deudores tributarios, que pese a no haber cometido delito alguno, están legalmente obligados al abono de intereses de demora caso de retrasarse en el pago».

Por tanto, como dice la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 55 de Madrid, de 6 de julio de 2013, «si los intereses de demora



son exigibles como indemnización de la responsabilidad civil derivada de los delitos fiscales, tal como declara la Sala Segunda del Tribunal Supremo, ello puede hacerse tanto mediante la acción de responsabilidad civil ejercitada en el mismo proceso penal, como mediante la acción de responsabilidad civil ejercitada en el proceso civil posterior al penal tras haberse reservado el perjudicado la acción civil en aplicación de los arts. 111 y 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», que es lo que hace la Agencia Tributaria.

Ahora bien, frente a lo expuesto, el planteamiento sustentado por la jurisprudencia no es tan palmario como se pretende. Cabe sostener con fundamento que las demandas presentadas por la Agencia Tributaria no pueden ser resueltas por la jurisdicción ordinaria por implicar la reclamación de una cantidad que tiene la consideración de un crédito de derecho público, al tratarse de unos intereses tributarios, sujetos al derecho tributario y al plazo de prescripción de cuatro años establecido en la Ley General Presupuestaria y en la Ley General Tributaria.

En concreto, el cobro de dichos intereses solo puede llevarse a cabo mediante el correspondiente procedimiento administrativo de recaudación y que el conocimiento de estas cuestiones corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. Para ello, hay que partir del planteamiento de que la responsabilidad civil derivada de delito es un cauce para exigir los daños y no constituye una institución sustantiva diferenciada como ha puesto de manifiesto la doctrina (Sanz Díaz, J.A.; «Consideraciones sobre la responsabilidad civil por delito fiscal en el derecho penal» en *Deuda tributaria y responsabilidad civil por delito fiscal*, Barcelona, 2009, pág. 249 y ss. y Coloma Chicot, J.A.; *La responsabilidad civil en el delito fiscal*, Barcelona, 2000).

La aplicación de lo expuesto al ámbito tributario comporta que la exigencia de los tributos y de sus intereses se rige siempre por las disposiciones tributarias y, por consiguiente, que su régimen de prescripción es el de los tributos. Así lo ha sostenido la Audiencia Provincial de Barcelona en las sentencias de 25 de julio y 26 de septiembre de 1998 y lo hace gran parte de la doctrina que se citará.

En sus demandas civiles, la Agencia Tributaria reclama el importe de los intereses no pedidos cuando se ejercitaron las acciones penales por parte del Ministerio Fiscal. Por lo tanto, se reclaman unos créditos tributarios, de naturaleza pública. Así se deduce del artículo 58 de la Ley General Tributaria que dice que los intereses de demora forman parte de la deuda tributaria.

En efecto, el carácter público y tributario del crédito reclamado –los intereses– está claramente afirmado por la ley. En concreto, así lo dis-

ponen los artículos 19, 25 y 26 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

El primero de los preceptos citados previene que *«la obligación tributaria principal tiene por objeto el pago de la cuota tributaria»*.

El segundo, el artículo 25 establece que: *«Son obligaciones tributarias accesorias aquellas distintas de las demás comprendidas en esta sección que consisten en prestaciones pecuniarias que se deben satisfacer a la Administración tributaria y cuya exigencia se impone en relación con otra obligación tributaria.*

*Tienen la naturaleza de obligaciones tributarias accesorias las obligaciones de satisfacer el interés de demora, los recargos por declaración extemporánea y los recargos del período ejecutivo... »*

Y, en fin, el artículo 26 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dispone que: *«1. El interés de demora es una prestación accesorio que se exigirá a los obligados tributarios y a los sujetos infractores como consecuencia de la realización de un pago fuera de plazo o de la presentación de una autoliquidación o declaración de la que resulte una cantidad a ingresar una vez finalizado el plazo establecido al efecto en la normativa tributaria... »*.

Habida cuenta que lo reclamado es un tributo, los tribunales civiles carecen de competencia para conocer de la reclamación por tratarse de asuntos administrativos.

Los créditos reclamados por la Agencia Tributaria en estos casos suelen consistir en intereses tributarios devengados con ocasión del impago de tributos. Tienen por tanto naturaleza tributaria conforme a los preceptos antes citados de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

La exigencia de créditos tributarios no puede articularse mediante el ejercicio de acciones civiles sino por medio de las que son propias específicas; en concreto, las contempladas en el ordenamiento tributario. Los créditos tributarios están sujetos a las reglas propias de este último ordenamiento y a las del civil.

Para la exacción de créditos tributarios, el ordenamiento jurídico previene unos mecanismos específicos —que son los previstos en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y en el Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio—. La sujeción a los mecanismos específicos previstos legalmente para cobrar los créditos tributarios es de obligada observancia para la Administración. Esta no puede utilizar a su antojo cualquiera de las vías previstas en el ordenamiento jurídico para reclamar su abono. Ha de ceñirse a las legalmente establecidas. Así las cosas, no cabe ejercitar una acción civil para

cobrar una deuda tributaria, como pretende la Agencia Tributaria. Antes al contrario, ha de sujetarse a las previsiones sustantivas y procedimientos del derecho tributario.

En aplicación de lo expuesto, la disposición adicional décima de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, establece que: «1. *En los procedimientos por delito contra la Hacienda Pública, la responsabilidad civil comprenderá la totalidad de la deuda tributaria no ingresada, incluidos los intereses de demora, y se exigirá por el procedimiento administrativo de apremio.* 2. *Una vez sea firme la sentencia, el juez o tribunal al que compete la ejecución remitirá testimonio a los órganos de la Administración tributaria, ordenando que se proceda a su exacción. En la misma forma se procederá cuando el juez o tribunal hubieran acordado la ejecución provisional de una sentencia recurrida.*»

La lectura del transcrito precepto pone de manifiesto que corresponde a la Administración tributaria la exacción de las deudas tributarias que pudieran calificarse como integrantes de la responsabilidad civil derivada de delito mediante una acción administrativa –y no mediante una acción civil–, habida cuenta el carácter público del crédito tributario que tienen tanto la cuota como los intereses tributarios.

Y no cabe decir por otra parte que dicho precepto está pensado solo para los casos en que existe sentencia condenatoria. En primer término, porque el apartado 1 de la mencionada disposición adicional décima, habla de procedimiento por delito, sin distinción de cómo terminen. Y, en segundo lugar, por cuanto la naturaleza del crédito tributario público y de la responsabilidad no se ven alteradas por el procedimiento en que se exigen, de manera que ha de estarse a su auténtica naturaleza para encauzar su cobro (Falcon Tella, R.; *La ejecución de las sentencias penales por la Agencia Tributaria*).

Por consiguiente, es más que cuestionable que la Agencia Tributaria pueda ejercitar una acción civil para reclamar una deuda que es tributaria.

La Agencia Tributaria funda de ordinario sus pretensiones en la afirmación de que se está exigiendo una responsabilidad civil derivada de delito, cuyo ejercicio se reservó cuando se tramitaron las correspondientes diligencias penales. Pretende así afirmar que lo que se está reclamando es una responsabilidad civil derivada de delito, de naturaleza distinta al crédito tributario, y que, por tanto, encuentra su fundamento en los artículos 1092 del Código Civil y 116 y 109 del Código Penal. Con ello, lo que sostiene es que el crédito reclamado –los intereses tributarios– ve transformada su auténtica naturaleza pública por el mero hecho de tratarse de un daño derivado de un delito –pasando por consiguiente a ser un crédito de naturaleza

jurídico-privada—. Justifica también con este argumento la competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer de la pretensión formulada y prolongar el plazo de prescripción de la acción.

El planteamiento de la Agencia Tributaria es cuestionable. En primer término, lo reclamado son unos intereses tributarios que tienen el carácter de crédito de naturaleza pública conforme a la Ley General Tributaria. Los intereses no nacen del delito sino de la ley (Sainz de Bujanda). El origen, contenido y forma de ejercicio de los créditos tributarios está taxativamente regulado en la ley. Los créditos nacen *ex lege* al realizarse el hecho imponible. No nacen del delito. Por consiguiente, no cabe exigir su abono mediante un procedimiento civil «ad hoc», ni mediante el ejercicio de una acción civil. La reserva de las acciones civiles en las diligencias penales abiertas no comporta que estas deban ser ejercitadas mediante la correspondiente acción civil en un procedimiento civil. Solo comporta que las cantidades adeudadas puedan ser reclamadas a través del cauce propio y específico que el ordenamiento prevé para ello. Es decir, si se trata de un crédito público, a través del ejercicio de la acción administrativa correspondiente.

La obligación de pagar intereses tributarios no nace del delito (su génesis es anterior) y, por consiguiente, no procede exigir esta deuda tributaria en concepto de responsabilidad civil pues, como se ha señalado (Falcon Tella, «La ejecución de las sentencias penales por la Agencia Tributaria» en *Quincena Fiscal*, núm. 5, 2004, pág. 5), la obligación defraudada «es previa al delito y no surge de este».

No es obstáculo a lo dicho el hecho de que el fiscal haga en la mayor parte de los casos «reserva de las acciones civiles que pudieran corresponder a la AEAT» en los correspondientes procesos penales. Esta es la terminología utilizada por la Ley de Enjuiciamiento Criminal para poner de manifiesto que los créditos derivados de cualquier título y eventualmente conectados con el hecho ilícito se sustanciarán en la vía correspondiente. En otros términos, la utilización de la expresión «reserva de las acciones civiles» no comporta que los citados créditos deban ser reclamados necesariamente en la vía jurisdiccional civil. Así se deduce, por otra parte, del tenor del artículo 121 del Código Penal, que al referirse a la responsabilidad civil –subsidiaria– derivada de delito del Estado y demás entes públicos, no remite su exigencia a la vía jurisdiccional civil sino a la vía administrativa; en concreto, al cauce de la responsabilidad patrimonial de la Administración regulada en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En síntesis, la reserva de la acción civil, ni supone la modificación de la naturaleza del crédito tributario, ni comporta que la Administración pueda exigir la cantidad reclamada en concepto de daño por cualquier vía. Antes al contrario, la reserva de la acción civil, conforme a lo establecido en el artículo 109.2 del Código Penal, para ejercerla fuera del proceso penal, viene impuesta *ope legis* por la disposición adicional décima de la Ley General Tributaria y por la propia naturaleza del crédito fiscal, con la consecuencia de que la Administración, al conservar sus facultades de autotutela, está obligada a ejercerlas en la sede que le es propia y con base en el ejercicio de acciones de naturaleza administrativa y no civil.

Los intereses devengados con ocasión de deudas tributarias debidas, aun cuando queden comprendidos en el ámbito de la responsabilidad civil derivada del delito, no ven alterada su auténtica naturaleza de crédito tributario en los términos previstos en la Ley General Tributaria. No puede desconocerse que la denominada acción de responsabilidad civil derivada de delito no tiene sustantividad propia. Se trata simplemente de un modo de exigencia que, en aras a la economía procesal, permite sustanciar en su caso en un mismo proceso todas las consecuencias de un hecho ilícito. En modo alguno modifica o transforma la índole o naturaleza de lo exigible. La acción civil –o administrativa, si pudiere ejercitarse– «no pierde su naturaleza por el hecho de ejercitarse en un proceso penal al que se incorpora, de tal forma que la circunstancia de ventilarse en este para nada afecta a las características que le son propias y específicas, hasta el punto de que si, por vía de posibilidad legal, se produce la correspondiente reserva ningún efecto debiera producirse en este orden de cosas» (Ruiz Vadillo, E.; *La responsabilidad civil derivada del delito en Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1995, pág. 19). En otros términos, el hecho de que se ejercite la acción civil en el proceso penal –o reserve– no comporta una conversión o modificación de su naturaleza. Así lo ha puesto de manifiesto tanto la jurisprudencia (desde la lejana sentencia de 25 de enero de 1990, también la de 27 de mayo de 1992), como la doctrina (Rodríguez Devesa, *Responsabilidad civil derivada de delito o falta y culpa extracontractual* en libro homenaje a Jaime Guasp, Granada, 1984, pág. 526 y ss.; Gómez Orbaneja, *La acción civil del delito* en *Derecho procesal penal*, 10ª ed., Madrid, 1987; Melero, S.; *En torno a las consecuencias civiles del delito* en *Revista de Derecho Privado*, 1966; Santos Briz, *Responsabilidad civil*, pág. 463 y Díaz Valcarcel, *Responsabilidad civil derivada de delito*, en *Revista de Derecho Judicial*, 1966, pág. 425).

En este sentido, se ha señalado (Falcon Tella, op. cit.) que la disposición adicional de la Ley General Tributaria «supone un reconocimiento

expreso de que el delito fiscal no supone una novación de la obligación tributaria preexistente», de tal suerte que «supone una desautorización expresa de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, según la cual el delito supone que la obligación tributaria *ex lege*, surgida del hecho imponible, se transforma en una obligación *ex damno* derivada de delito».

Por otra parte, es de señalar que la Agencia Tributaria suele ejercitar una acción civil para reclamar los intereses tributarios, pero, a la hora de fijar su cuantía, no los determina conforme a las reglas del derecho civil sino conforme a las normas tributarias. En ello hay una contradicción evidente. Lo que no cabe es, de una parte, invocar el artículo 17 de la Ley General Presupuestaria y las previsiones de la Ley General Tributaria –en especial, el artículo 31– para fijar el importe de los intereses reclamados –reconociendo implícitamente que son deuda tributaria– y sin embargo acudir a la vía civil para pedirlos. En ese planteamiento hay una clara contradicción. En efecto, si lo que se reclama es una cantidad nacida de un título jurídico civil –la responsabilidad derivada de delito, conforme al artículo 1092 del Código Civil–, en modo alguno resultan de aplicación las normas invocadas. Y, si, por el contrario, lo que se pide tiene naturaleza jurídico-pública –esto es, se trata de un crédito tributario–, entonces lo que no es pertinente es la pretensión de fundarlo en una acción civil, pedir que conozca del asunto un tribunal civil y someterlo a la regulación del Código Civil.

## II. DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO: LA REGULACIÓN DE LOS DRONES

«1. El proyecto sometido a consulta tiene por objeto establecer la regulación de la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto –llamados vulgarmente drones– y modificar el 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. En concreto, la norma se regula ahora el régimen de las aeronaves pilotadas por control remoto (RPA), su aeronavegabilidad y las organizaciones que reconocen tal condición; el régimen de los elementos que configuran su sistema de funcionamiento (RPAS) –que comprende el vehículo, la estación de control en tierra y cualquier otro elemento necesario para permitir el vuelo en términos del Reglamento de Circulación Aérea Operativa–; las operaciones que se realicen con ellos; el personal que los pilote o ayude a quien lo hace; las organizaciones de formación autorizadas; y los proveedores de servicios de navegación aérea y los ges-

tores de aeropuertos y aeródromos. También regula el aeromodelismo radiocontrolado (.../...).

La norma elaborada y sometida a consulta encuentra su fundamento en la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea y en la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

El artículo 51 de esta última disposición modificó el artículo 4 de la primera en el sentido de incluir en su definición legal de aeronaves a las pilotadas por control remoto. Se ajustó así nuestra legislación interna a lo establecido en los párrafos 1.7 y 2.4 de la Circular 328-AN/190, de la OACI, aprobada en 2011, que dicen, respectivamente, que «*los vehículos no pilotados son realmente aeronaves*» y que «*el hecho de que la aeronave sea tripulada o no tripulada no afecta a su condición de aeronave*», quedando incluidos en anexo 7 del Convenio de Chicago de 1944.

La consecuencia obligada de la inclusión de las pilotadas por control remoto en el concepto legal de aeronaves contenido en la Ley de Navegación Aérea es su sujeción al régimen jurídico establecido en el correspondiente bloque normativo, que tiene como norma de cabecera la mentada Ley 48/1960 y la Ley de Seguridad Aérea.

Al tiempo, el artículo 50 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, contiene una regulación transitoria de las aeronaves pilotadas por control remoto. Este va a ser objeto de sustitución por la contenida en el proyecto de real decreto consultado.

Las aeronaves pilotadas por control remoto –denominadas muchas veces por sus diversos acrónimos en inglés UAV (Unmanned Aerial Vehicle), UA (Unmanned Aircraft) y RPA (Remotely Piloted Aircraft)– y sus sistemas de funcionamiento (RPAS) fueron reguladas por primera vez en España por el Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio. Esta norma fue posteriormente tramitada por las Cortes Generales como proyecto de ley y se concretó en la Ley 18/2014, de 15 de octubre, ya citada. Como se ha señalado, en su artículo 50, regula la operación, esto es, las actividades y funcionamiento de esta clase de aeronaves y del personal que las pilota.

Dicha regulación tiene carácter transitorio. Así se deduce del su apartado 1. En concreto, previene que «*hasta tanto se produzca la entrada en vigor de la norma reglamentaria prevista en la disposición final segunda, apartado 2, de esta ley, las operaciones de aeronaves civiles pilotadas por control remoto quedan sujetas a lo establecido en este artículo*».

Por su parte, la disposición final segunda de la misma Ley 18/2014 establece que «*el Gobierno determinará reglamentariamente el régimen jurídico aplicable a las aeronaves civiles pilotadas por control remoto, así*

*como las actividades y operaciones realizadas por ellas. A la entrada en vigor de la referida norma reglamentaria quedará sin vigencia el contenido del artículo 50».*

El proyecto de real decreto sometido a consulta viene pues a ser el desarrollo reglamentario previsto en la disposición final segunda transcrita y, por consiguiente, sustituirá –no obstante su carácter reglamentario– la regulación legal contenida en la Ley 18/2014, de 15 de octubre, habida cuenta la habilitación expresa existente en esta última norma.

Cuestión que suscita la singular forma de operar la habilitación normativa contenida en la Ley 18/2014, de 15 de octubre, respecto de una regulación contenida en una disposición de rango legal, es la de determinar si sus previsiones constituyen un límite material para la nueva reglamentación o si, por el contrario, esta no queda sujeta a ellas y únicamente queda constreñida por las contenidas en la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea en cuanto norma de cabecera del grupo normativo aplicable. En otros términos, lo que se plantea es si las previsiones del artículo 50 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, han de ser necesariamente respetadas por la norma proyectada. Más cuando la prolija regulación contenida en el mencionado artículo ni está recogida en la Ley de Navegación Aérea, ni cabe deducirla de otros de sus preceptos.

A la vista del tenor de la disposición final segunda de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, el Consejo de Estado considera que la habilitación a favor del Gobierno no queda limitada por las determinaciones contenidas en su artículo 50. Antes al contrario, la habilitación le faculta para sustituir íntegramente la regulación transitoria por otra nueva –y en su caso distinta– mediante disposición reglamentaria –en virtud de la degradación normativa establecida–. Los límites materiales específicos de la potestad reglamentaria del Gobierno están constituidos por las previsiones generales de la Ley de Navegación Aérea y de los convenios internacionales aplicables a la materia. Por consiguiente, las disposiciones que ahora se pretenden aprobar y que no se acomodan a lo establecido en la Ley 18/2014, de 15 de octubre, no pueden calificarse como *ultra vires* por esta circunstancia.

La regulación proyectada mantiene, en términos generales, el régimen ya establecido en la Ley 18/2014, de 15 de octubre, con algunas singularidades, para las aeronaves y sistemas civiles pilotadas por control remoto. Quedan al margen del ámbito del real decreto las aeronaves civiles autónomas, esto es, las que no permiten la intervención en la gestión del vuelo y los sistemas tripulados sin control remoto –aeronaves tradicionales–.

Las aeronaves reguladas son una concreta especie dentro del género de los sistemas tripulados; aquellas en las que siempre hay un piloto al control



remoto de los mandos. Y, aún entre estas, la norma consultada solo resulta de aplicación a los drones cuya masa máxima al despegue es inferior a los 150 kilogramos y a los de masa superior, bien cuando efectúen operaciones de aduanas, policía, búsqueda y salvamento, lucha contra incendios, guardacostas o similares, bien cuando estén excluidos de la aplicación del Reglamento (CE) 216/2008, del Parlamento y del Consejo de 20 de febrero de 2008, por concurrir alguna de las circunstancias que se especifican en su anexo II. También lo es para los aeromodelos radiocontrolados.

Dos cuestiones suscitan el objeto y ámbito de aplicación de la norma a juicio del Consejo de Estado:

A) La primera se refiere a las aeronaves autónomas; esto es, las que no permiten la intervención del piloto en su gestión de vuelo.

La memoria expresa que el proyecto no les resulta de aplicación. Tal previsión se compadece adecuadamente con las previsiones del apartado 2.2 de la Circular 328-N/190, de la OACI que las excluye del régimen de las pilotadas por control remoto junto con los globos libres no tripulados y otros tipos de aeronave que no pueden dirigirse en tiempo real.

Añade además la memoria que las autónomas no se consideran jurídicamente aeronaves a los efectos del artículo 11 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea. Por ello, afirma, no pueden operar en el espacio aéreo nacional, cuyo uso está reservado exclusivamente a las que lo son.

Ahora bien, el texto consultado no menciona en ningún caso la exclusión –y consiguiente prohibición– señalada y expresada en la memoria. Y, al operador jurídico, se le plantea la duda de si pueden operar o no en el espacio aéreo español.

Considera el Consejo de Estado que la exclusión de las denominadas aeronaves autónomas del concepto legal contenido en el artículo 11 de la Ley de Navegación Aérea y en el artículo 178 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956 no es tan palmaria como se dice en la Memoria. Este texto examina la cuestión exclusivamente desde la previsión contenida en el apartado b) del referido artículo –que solo contempla las aeronaves pilotadas por control remoto. Sin embargo, conforme al apartado a) del artículo 11 de la Ley de Navegación Aérea y del segundo de los preceptos citados, es aeronave «toda construcción apta para el transporte de personas o cosas capaz de moverse en la atmósfera merced a las reacciones del aire, sea o no más ligera que este y tenga o no órganos moto propulsores». En dicho concepto –que es igual que el contenido en el anexo 7 del Convenio de Chicago de 1944 salvo la referencia a la aptitud para el transporte de

personas o cosas–, pudieren tener encaje las aeronaves no pilotadas. Por ello, considera este cuerpo consultivo que no resultaría baldío, en aras de la claridad, hacer una mención expresa –al menos en el preámbulo de la norma– a que la regulación aprobada no les resulta de aplicación y que su utilización en el espacio aéreo español no está autorizada.

B) La segunda consideración tiene mayor enjundia. Como se ha señalado, el proyecto regula en el título II («Aeromodelismo») el uso y operación de los modelos radiocontrolados. Establece, entre otras previsiones, que estos realizarán exclusivamente actividades deportivas, recreativas, de competición o exhibición (artículo 45 del proyecto). Les prescribe la observancia de determinadas reglas de seguridad de vuelo (artículo 46) e impone a todos los pilotos de aeromodelismo la obligación de tener cubierta su responsabilidad civil frente a terceros por los riesgos de su práctica mediante un seguro u otra garantía financiera, de acuerdo con la normativa general de aplicación (artículo 47).

El artículo 11.b) de la Ley de Navegación Aérea califica como aeronaves «cualquier máquina pilotada por control remoto que pueda sustentarse en la atmósfera por reacciones del aire que no sean las reacciones del mismo contra la superficie de la tierra». Ahora bien, no todas las aeronaves de esta clase están sujetas a su régimen.

El artículo 150.2 de la Ley de Navegación Aérea dispone que: «2. *Las aeronaves civiles pilotadas por control remoto*, cualesquiera que sean las finalidades a las que se destinen *excepto las que sean utilizadas exclusivamente con fines recreativos o deportivos*, quedarán sujetas asimismo a lo establecido en esta ley y en sus normas de desarrollo, en cuanto les sean aplicables. Estas aeronaves no estarán obligadas a utilizar infraestructuras aeroportuarias autorizadas, salvo en los supuestos en los que así se determine expresamente en su normativa específica».

Dejando a un lado la doctrinalmente controvertida cuestión de si los aeromodelos son aeronaves en sentido estricto, a la vista del precepto transcrito, las civiles pilotadas por control remoto que sean utilizadas exclusivamente con fines recreativos o deportivos no están sujetas a lo establecido en la Ley de Navegación Aérea. Conforme con esta previsión, el artículo 50 de la actual Ley 18/2014, de 15 de octubre, ni regula los aeromodelos radiocontrolados, ni los sujeta a sus previsiones. Se rigen por lo establecido en sus disposiciones específicas, sin perjuicio de su sometimiento a determinadas reglas del aire.

Así las cosas, a juicio del Consejo de Estado, no cabe imponer la regulación proyectada (en concreto, el artículo 46) al aeromodelismo radio-

controlado. La habilitación al Gobierno, contenida en la disposición final segunda de la Ley 18/2014, le faculta para regular las aeronaves pilotadas por control remoto pero conforme a las determinaciones del bloque normativo aplicable, esto es, el de la navegación aérea –que tiene su norma de cabecera en la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea–. Y de dicho bloque se excluye –por mor del mencionado artículo 150.2, introducido por la Ley 18/2014– a las aeronaves pilotadas por control remoto dedicadas a actividades recreativas y deportivas cuya manifestación primigenia es el aeromodelismo. Por consiguiente, no existe habilitación legal suficiente para sujetar a las referidas aeronaves de aeromodelismo al régimen proyectado.

Se considera por tanto que el título II del proyecto debería ser íntegramente suprimido y, por consiguiente, también las referencias contenidas al aeromodelismo radiocontrolado en el artículo 3.1, en el párrafo segundo de la disposición adicional segunda y en el apartado 4 de la disposición transitoria única del proyecto.

Respecto del resto del contenido del proyecto de real decreto, el Consejo de Estado formula las siguientes observaciones y sugerencias.

a) En el artículo 2.3. a) del real decreto, se dispone que no será de aplicación a «los sistemas de aeronaves pilotadas por control remoto (RPAS) militares». Llama la atención la exclusiva mención a los «sistemas de aeronaves... militares», omitiendo toda referencia a las aeronaves pilotadas por control remoto (RPA) –o UAV en la terminología del Reglamento de Circulación Aérea Operativa– militares. La noción de «sistemas de aeronaves» tiene una doble significación en la legislación aérea internacional; en unos casos, incluye la aeronave pero, en otros, lo excluye, haciendo referencia solo a las estaciones de control, el software, los enlaces de comunicación, las terminales de datos, los sistemas de lanzamiento y recuperación, los sistemas de parada en vuelo, los equipos de soporte y mantenimiento, etc. El Reglamento de Circulación Aérea Operativa, aprobado por Real Decreto 1489/1994, de 1 de junio, utiliza el primero de los conceptos indicados en su libro I, 1.1.capítulo 1. No obstante, para evitar cualquier género de dudas respecto de la exclusión, se sugiere incluir en el precepto una referencia a «las aeronaves y los sistemas de aeronaves... ».

b) En relación con el artículo 11 proyectado, el Consejo debe llamar la atención sobre su notable grado de imprecisión y sobre las dificultades que se pueden presentar a la hora de aplicarse.

Como bien ha señalado la Secretaría General Técnica en su informe de 2 de diciembre de 2015, para regular las condiciones y requisitos de los certificado de tipo y de navegabilidad, el proyecto opta por remitirse en

bloque a lo dispuesto en el Reglamento (UE) nº 748/2012, de la Comisión, de 3 de agosto de 2012, por el que se establecen las disposiciones de aplicación sobre la certificación de aeronavegabilidad y medioambiental de las aeronaves y productos, componentes y equipos relacionados con ellas, así como sobre la certificación de las organizaciones de diseño y producción. Además, instituye en la misma posición que la Agencia Europea de Seguridad Aérea respecto de los procedimientos citados a la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (artículo 11. 1, párrafo primero).

Tal modo de proceder no se considera adecuado. El mencionado reglamento resulta de aplicación –como se ha dicho– a los drones de más de 150 kilogramos, cuyas características técnicas no son automáticamente trasladables a las aeronaves reguladas en el proyecto. Por consiguiente, a estas ni les son aplicables, ni les pueden ser por su propia naturaleza, algunas previsiones de las contenidas en el reglamento europeo cuya determinación no es fácil para el conocedor de la legislación y que resultará más que ardua en el caso de quienes no estén familiarizados con ella. Sin embargo, la norma proyectada no hace distingo alguno sobre las que lo son y las que no son. Ello crea, como se ha dicho, dificultades a la hora de determinar la norma aplicable, con menoscabo de la seguridad jurídica. Esta exige la certeza de la norma que debe ser elegida al momento de aplicar el derecho. Y, en el caso presente, falta. Así las cosas, el Consejo de Estado considera que deben determinarse con exactitud y claridad cuáles son las previsiones del reglamento europeo a que se deben sujetar los certificados tipo y de navegabilidad.

Igual reparo se puede hacer a la previsión que sitúa, de manera genérica, a la Agencia de Seguridad Aérea en la misma posición que la Agencia Europea de Seguridad Aérea a los efectos de ejercer las competencias establecidas en el reglamento europeo. No todas las contempladas en él lo pueden ser por la Agencia Estatal y debe procederse a su exacta determinación.

c) En el artículo 14.3, párrafo segundo establece que las organizaciones que fabriquen un número limitado de ejemplares pueden disfrutar un sistema singular de inspección de la producción mucho menos riguroso que el establecido para quienes fabriquen en serie. Dicha previsión es imprecisa e incorrecta. Incorrecta por cuanto no cabe contraponer los conceptos de fabricación en «número limitado de ejemplares» y de «fabricación en serie», ya que esta noción se puede predicar también de la fabricación de un número reducido de ejemplares. E imprecisa, porque no permite determinar con exactitud qué organizaciones pueden disfrutar del régimen especial de inspección de la producción, dejando de manera absolutamente

libérrima en manos de la Administración actuante. Por ello, debe fijarse con exactitud el montante de ejemplares que se considera «número limitado de ejemplares».

d) Conforme con lo expuesto por la Secretaría General Técnica en su informe, en el artículo 43 debería establecerse un plazo de validez temporal de las autorizaciones contempladas en el precepto para realizar operaciones o vuelos específicos.

e) En relación con la previsión del artículo 47, el Consejo de Estado debe señalar que, sin perjuicio de la procedencia de su supresión por lo antes expuesto –y al quedar excluidos del ámbito de la Ley de Navegación Aérea los aeromodelos radiocontrolados–, no se les puede imponer a los aeromodelistas la obligación de contar con un seguro. Las previsiones de dicha norma legal no amparan su establecimiento. Y, a la vista de lo dispuesto en el artículo 10. g) de la Ley 17/2009, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, su exigencia solo puede hacerse mediante disposición de rango legal que falta en este caso.

f) La disposición adicional tercera puede suprimirse por cuanto se trata de una previsión que opera en todo caso por imperativo de las disposiciones legales reguladoras del procedimiento administrativo.

g) La disposición final cuarta, en su apartado 1, dispone que «por resolución del director de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea, publicada en el Boletín Oficial del Estado, se podrán establecer, en el ámbito de las competencias de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea, los medios aceptables de cumplimiento para la acreditación de los requisitos establecidos en este real decreto y de sus disposiciones de desarrollo, así como la categorización de los RPAS en diferentes categorías y tipos a efectos de la formación que deben acreditar los pilotos sobre el RPAS y su pilotaje conforme a lo previsto en el artículo 33.1 letra d)».

La disposición final segunda, apartado 5 de la Ley 18/2104, de 18 de octubre, previene por su parte que «la Agencia Estatal de Seguridad Aérea y la Dirección General de Aviación Civil podrán dictar, en el ámbito de sus respectivas competencias, cuantas resoluciones sean necesarias para la aplicación de esta ley, así como medios aceptables de cumplimiento, material guía o cualquier otra resolución que facilite su cumplimiento».

A la vista del precepto transcrito, es claro la Agencia puede establecer los medios aceptables de cumplimiento para acreditar determinados requisitos. Sin embargo, la Agencia no está habilitada para categorizar los RPAS. Dicha labor excede lo que son medidas de ejecución y cae de lleno en el ámbito normativo pues la formación exigible a los pilotos depende de dicha categorización. Es doctrina constante de este Consejo que las en-

tidades integrantes de la Administración institucional carecen de potestad normativa salvo habilitación legal expresa. Por ello, al no encontrar base la atribución proyectada ni en la Ley 18/2014, ni en ninguna otra norma legal, se considera que la denominada «categorización de los RPAS» a que se refiere el proyecto debe corresponder al titular del departamento, quien ha de aprobarla mediante orden ministerial.

*(Dictamen 1272/2015, de 10 de diciembre)*

# **BIBLIOGRAFÍA**





# **RECENSIÓN DE LIBROS**



## LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MILITARES

Autor: Isidro Fernández García

Edita: Ministerio de Defensa

Madrid, octubre 2015, 709 páginas

*Por: Coronel auditor director de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos  
D. Francisco Luis Pascual Sarría*

El capitán auditor Isidro Fernández García, doctor en Derecho, diplomado en Derecho Penal Militar y profesor de la Escuela Naval Militar, ha publicado su tesis doctoral codirigida por los profesores doctores don Roberto Luis Blanco Valdés, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Santiago, y por el profesor titular de la Universidad de Oviedo don Miguel Ángel Presno Linera, presentada en la Universidad de Santiago de Compostela con el título: «*El ejercicio de los derechos fundamentales por los militares*»; trabajo que por su excelencia, obtuvo la calificación de sobresaliente *cum laude*, y ha sido objeto de publicación por el Ministerio de Defensa.

El autor ha pretendido determinar en qué medida ciertos valores y principios propios de la institución castrense, necesarios para el cumplimiento por las Fuerzas Armadas de las misiones que constitucionalmente le vienen encomendadas ex artículo 8 de la Constitución, se alzan como bienes constitucionalmente protegidos, tales como la disciplina y la neutralidad política, que sirven al objeto de la delimitación del objeto, contenido y límites de los derechos fundamentales de los militares.

La obra, dividida en cuatro partes y once capítulos, aborda de manera cumplida el ejercicio de los derechos fundamentales por el militar, comenzando con el estudio de los antecedentes, el marco normativo constitu-

cional y la configuración constitucional de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil, para proseguir con un pormenorizado estudio del impacto, las limitaciones, y las peculiaridades que la normativa vigente impone al personal militar en el ejercicio de los derechos fundamentales que reconoce la Constitución española, y su futuro desarrollo a la vista de la legislación europea.

El capitán Fernández García analiza el objeto y contenido de estos derechos fundamentales, reconocidos al militar no solo en la Constitución, sino también en la Ley Orgánica de Derechos y Deberes de los Miembros de las Fuerzas Armadas, y, en la de la Guardia Civil, tomando en consideración que son los militares los ciudadanos que más ven restringidos estos derechos, no solo en su dimensión social y colectiva, sino también en el ámbito privado, así como en situaciones de crisis constitucional o en conflicto armado, realizando el autor un análisis crítico de cada uno de los supuestos en los que esto sucede, valorando a la vista de la jurisprudencia nacional e internacional la oportunidad de las normas que lo provocan.

Especialmente significativo es el tratamiento de los derechos a la libertad de expresión, a la afiliación política, la censura previa, o la discriminación por razón de sexo; igualmente el autor entra a señalar los aspectos diferenciadores más concretos, en este ámbito de los derechos, de la posición del militar ante la jurisdicción militar, respecto de la jurisdicción ordinaria.

Para concluir, la obra del capitán Fernández García, debe ser tomada en consideración por cualquiera que quiera aproximarse al conocimiento de los derechos del militar y sus límites, siendo una obra de referencia en la materia, debiendo felicitar al autor por tan interesante y fundado trabajo.

# INFORMACIÓN



## **SOLEMNE APERTURA DEL AÑO JUDICIAL MILITAR 2015-2016**

El pasado 15 de octubre de 2015, en la Sala de Vistas del Tribunal Militar Central tuvo lugar, por primera vez, el solemne acto de apertura del año judicial militar. El acto fue presidido por el Excmo. Sr. Presidente del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Supremo D. Carlos Lesmes Serrano; y contó con la asistencia en la mesa de la Excma. Sra. Fiscal general del Estado D<sup>a</sup> Consuelo Madrigal Martínez-Pereda, y del Excmo. Sr. Auditor presidente del Tribunal Militar Central D. Rafael Eduardo Matamoros Martínez. Asistieron al acto el Excmo. Sr. Presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo y los magistrados de la misma; los vocales togados del Tribunal Militar Central y fiscales, el Excmo. Sr. Fiscal togado, el Excmo. Sr. Ministro de Defensa, la delegada del Gobierno en Madrid, la Excma. Sra. Subsecretaria de Defensa, y el almirante jefe de Estado Mayor de la Defensa, entre otras autoridades civiles y militares.

El acto se inició con el discurso del presidente del Consejo General del Poder judicial, al que siguió el de la fiscal general del Estado, y del auditor presidente del Tribunal Militar Central, que por su importancia se publican en el presente número de la REDEM.

La redacción





**INTERVENCIÓN DEL EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL  
TRIBUNAL SUPREMO Y DEL CONSEJO GENERAL DEL  
PODER JUDICIAL D. CARLOS LESMES SERRANO EN  
EL ACTO DE APERTURA DEL AÑO JUDICIAL EN LA  
JURISDICCIÓN MILITAR**

(15 de octubre de 2015)

Excelentísimo señor presidente del Tribunal Militar Central, excelentísima señora fiscal general del Estado, excelentísimos señores vocales togados, excelentísimas e ilustrísimas autoridades, señoras y señores.

Representa un gran honor para mí presidir este acto de apertura del Año Judicial en la jurisdicción militar. Creo que hoy es un día especialmente señalado e importante pues, como saben, es la primera vez que celebramos un acto para dar comienzo, de manera solemne, al curso judicial en el ámbito de los tribunales castrenses.

Normalmente, las «primeras veces» de algo marcan el inicio de una nueva etapa, de un nuevo camino, de un nuevo recorrido que aspiramos nos lleve a una meta deseada. Probablemente eso sea lo que hoy estamos queriendo simbolizar.

Con este acto, que no tiene precedentes pero que sin duda tendrá continuidad en años venideros, creo que damos un paso importante en el acercamiento de la jurisdicción militar al Consejo General del Poder Judicial. Un acercamiento que ya existe, que no es nuevo, pero que se ve hoy escenificado de alguna manera, con la importancia que, en muchas ocasiones, tiene precisamente eso: la escenificación, el interés por dejar constancia pública de algo, por mostrarlo ante todos.

La jurisdicción militar, como dice el propio preámbulo de la ley orgánica que regula su competencia y organización, *«tiene su origen en la misma génesis de los Ejércitos permanentes y ha sido siempre una jurisdicción especializada, carácter que se deriva de la naturaleza del derecho que aplica y del ámbito institucional en que se ejerce»*.

Comparte sin embargo, con el resto de jurisdicciones, unas mismas señas de identidad, propias del Poder Judicial: administrar Justicia en nombre del rey, bajo los principios de sometimiento a la Constitución y a las leyes, de independencia, de imparcialidad y de predeterminación legal del juez. Ello le permite, como no podría ser de otra manera en un Estado de derecho, su plena integración en el Poder Judicial del Estado, aun manteniendo unas características propias, sin duda vinculadas a los valores tradicionales de la Institución militar, que debemos seguir preservando, pero adaptadas, cada vez con más fuerza, a las exigencias de la sociedad actual.

Ese proceso de adaptación a la realidad de cada momento, que debe ser una constante en todos los sectores y en todas las instituciones, ha estado presente desde siempre en el ámbito castrense, pero es probable que ahora, en estos últimos tiempos, esté experimentando un nuevo impulso, al hilo de algunas reformas legales, que nos permite poder hablar del inicio de una nueva etapa, en la que esos cambios han de reconciliarse, claro está, con los principios de unidad, jerarquía y disciplina, inherentes a la institución castrense.

Por eso hemos coincidido todos en el gran significado que tendría celebrar, bajo los auspicios del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Militar Central, un solemne acto de apertura de tribunales, precisamente en este momento.

La recientemente aprobada Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, ha introducido múltiples reformas en la Ley Orgánica del Poder Judicial y el primer precepto que se ha modificado ha sido, precisamente, el apartado 2 del artículo 3, referido a la jurisdicción militar. El cambio de redacción no es aparentemente muy significativo, puede que incluso pase casi inadvertido en una lectura rápida, pero introduce un matiz que alcanza gran significado, como reconoce la propia exposición de motivos de la ley, al señalar expresamente que *«se introducen medidas como el encaje definitivo de la jurisdicción militar en el Poder Judicial»*.

Así, ahora el artículo 3.2 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial identifica de manera expresa a la jurisdicción militar (cosa que antes no hacía) como *«integrante del Poder Judicial del Estado»*. Es cierto que esta previsión ya se contenía en la Ley Orgánica de Organización y Funcionamiento de la Jurisdicción Militar, pero ahora es la propia LOPJ,

la norma troncal de nuestra Justicia, la que incorpora expresamente este importante matiz, como prueba de que el legislador ha considerado importante que la jurisdicción militar no permanezca ajena a los procesos de reforma y modernización que están afectando en general a la Administración de Justicia.

En este contexto, y como prueba de esa cada vez mayor integración y acercamiento, la Ley Orgánica 7/2015 ha introducido en la Ley Orgánica del Poder Judicial un nuevo artículo 344 bis, que atribuye al Consejo General del Poder Judicial un más que relevante papel en el proceso de nombramiento de magistrados de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo procedentes del Cuerpo Jurídico Militar. El nombramiento de estos magistrados, entre generales consejeros togados y generales auditores, se hará a propuesta del Consejo General del Poder Judicial (se elimina la presentación de una terna por parte del Ministerio de Defensa), quien, a efectos de motivar dicha propuesta, solicitará con carácter previo a los aspirantes una exposición de sus méritos.

En esta misma línea, hace pocos días se acaba de aprobar en las Cortes Generales (pronto la veremos publicada en el Boletín Oficial del Estado) la nueva Ley Orgánica del Código Penal Militar, en cuyas disposiciones finales se introducen modificaciones en la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, con la misma finalidad de otorgar al Consejo General del Poder Judicial un decisivo papel en los procesos de nombramiento de los cargos más relevantes de la justicia castrense.

Finalmente, hemos de recordar que ambas leyes, la de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la del Código Penal Militar, incorporan sendos mandatos al Gobierno para la presentación al Congreso de los Diputados, en un plazo de dos años, de un Proyecto de Ley de reforma de la vigente Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, tarea, en consecuencia, que habrá de abordarse de manera ineludible en la próxima legislatura.

Corren, por tanto, tiempos de cambio. Tiempos que debemos aprovechar para consolidar la modernización de la jurisdicción militar, su plena integración en el Poder Judicial y su acercamiento al Consejo General del Poder Judicial, estableciendo los mecanismos necesarios para hacer efectivas las nuevas previsiones legales, todo ello sin desnaturalizar los elementos o pautas esenciales que le son propios.

Ni que decir tiene que ello representa para el consejo un motivo de honda satisfacción; algo que ya hemos podido manifestar al auditor presidente del Tribunal Militar Central, que sabe que cuenta con toda nuestra colaboración.

Una colaboración que, además, estamos queriendo extender a otros ámbitos, que pueden incidir en la mejora de nuestras relaciones y en los servicios que desde el órgano de gobierno del Poder Judicial podemos prestar a los jueces togados. Me refiero, por ejemplo, a aspectos como la formación, los accesos a nuestras bases de datos documentales o a nuestros servicios informáticos.

Como dije en el acto de apertura del Año Judicial celebrado el pasado día 8 de septiembre, y quiero reiterar hoy aquí, los Tribunales deben procurar una Justicia independiente, pronta en su respuesta y de calidad, que convierta al ciudadano (o al justiciable) en el protagonista de sus decisiones, de manera que el poder que la Constitución y la ley ponen a nuestra disposición no sea un atributo personal de cada juez, sino el instrumento necesario para la eficaz prestación del servicio que se nos exige.

Este planteamiento, este leitmotiv, también es predicable, por supuesto, de la jurisdicción militar.

Recordemos que su existencia responde fundamentalmente a una exigencia técnica de especialización, derivada de la materia atribuida a su competencia, y cuya razón de ser se encuentra, entre otros relevantes bienes jurídicos dignos de tutela, en la disciplina, como esencial principio inspirador de la organización militar, cuyo mantenimiento se confía por el propio Estado a la misma institución armada a través de órganos propios, como son los tribunales militares.

Ciertamente, la especial naturaleza de la misión institucional de las Fuerzas Armadas y las especiales exigencias que para sus miembros derivan de la misma, comporta la necesaria existencia de una normativa propia, que aun en sintonía con el resto del ordenamiento jurídico, cuyos principios fundamentales y valores superiores han de informarla, no deja de constituir un subsistema normativo de características propias, cuya defensa exige el máximo rigor y ejemplaridad, a aplicar por jueces y tribunales también propios. Es conocida la frase del tercer duque de Alba, en memorial dirigido al rey, *«estoy manco sin mi auditor»*, tan reveladora de la íntima relación entre institución militar y derecho.

Ello no está en contradicción, sin embargo, con el principio de unidad jurisdiccional que proclama el artículo 117 de la Constitución española. El principio de unidad jurisdiccional es perfectamente compatible con el hecho de que existan juzgados y tribunales especializados en determinadas ramas o sectores, dada la complejidad del ordenamiento jurídico, y tampoco choca con la existencia de una verdadera jurisdicción especial –la militar–, apoyada, entre otras razones que la justifican, en las muy especiales circunstancias en que se desarrolla la vida militar, en la especial

importancia de los intereses ofendidos y en la imperiosa necesidad de mantener la disciplina. A ello responde, como todos sabemos, la necesidad de dotar a las Fuerzas Armadas de unos medios específicos de autodefensa y el disponer, en tiempo de paz, de un núcleo de organización judicial militar que, en los casos previstos en el ordenamiento, pueda extenderse a campos más vastos.

Por el contrario, lo que realmente estaría reñido con el principio de unidad jurisdiccional sería el hecho de que, al amparo de una posible o necesaria especialidad, se produjeran discriminaciones o desigualdades. El justiciable, sea cual sea su condición, debe gozar en todo caso de las debidas garantías, tanto en lo que se refiere a la independencia de los órganos que han de administrar Justicia, como en lo que atañe a los propios trámites del procedimiento. De ahí que, al someter el último inciso del párrafo 5 del artículo 117 de la Norma Fundamental el ejercicio de la jurisdicción castrense a su adecuación «...con los principios de la Constitución», podamos considerar su existencia como una verdadera jurisdicción especial, que no rompe con la unidad de la función o poder jurisdiccional.

Por ello, como decía, los principios y valores que han de regir la actividad de los jueces son igualmente predicables de los jueces togados militares. También estos deben enfrentarse a retos complejos, para los que se han de dotar de un bagaje intelectual profundo y cualificado, pero sobre todo de un bagaje ético sólido e inquebrantable.

Hoy en día, se reclama de los jueces una nueva tecnicidad y una formación extremadamente rigurosa, que les permita cumplir con la decisiva función que tienen encomendada, promoviendo además confianza en dicha función. Me consta que, en el aspecto formativo, tanto los jueces militares como en general todos los integrantes de las Fuerzas Armadas, están a un nivel extraordinariamente alto. El esfuerzo que se ha llevado a cabo para ello ha sido muy grande, pero el resultado alcanzado no lo es menos, pues creo que todos debemos estar hoy muy orgullosos de contar con unas Fuerzas Armadas plenamente profesionales y, sobre todo, perfectamente formadas, en todos los ámbitos, para cumplir con su misión allí donde la desempeñen.

Asimismo, desde el punto de los principios y valores éticos, creo que es una realidad que los jueces militares comparten con los integrantes de la Carrera Judicial la preocupación por construir, con sus decisiones, un espacio de convivencia en el que la sociedad perciba que impera la equidad y la justicia.

Comprobamos, en definitiva, que la plena integración de la jurisdicción militar en el Poder Judicial del Estado, con las singularidades que le

son propias, es una realidad, no solo por mor de la literalidad de la ley, sino también, y muy especialmente, por su quehacer diario y por el proceso de modernización y perfeccionamiento en el que ha estado, y está, inmersa.

Confío en que la oportunidad que ahora se abre, al hilo de los mandatos legales de los que antes he hablado, relativos a la reforma de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, sea aprovechada para avanzar y profundizar en la mejora de su diseño, de su estructura y de su funcionamiento.

Corresponde al Gobierno, como titular de la iniciativa legislativa y destinatario de tales mandatos, abordar esta importante tarea, para la cual encontrarán en el Consejo General del Poder Judicial toda la colaboración que pueda ser necesaria.

Concluyo reiterando el importante significado que encierra este solemne acto de la jurisdicción militar con motivo de la Apertura del Año Judicial, pues es una muestra más de la fortaleza de nuestras instituciones, de todas nuestras instituciones, de la normalidad que debe presidir el funcionamiento de todas ellas y de la colaboración que a todos nos corresponde prestar para la consecución de un objetivo común, que no es otro que el fortalecimiento de nuestro Estado de derecho y de todos los mecanismos que, en su seno, permiten la convivencia pacífica y contribuyen al bien de España.

Muchas gracias

**INTERVENCIÓN DE LA EXCMA. SRA. FISCAL GENERAL DEL  
ESTADO D<sup>a</sup> CONSUELO MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA EN  
LA APERTURA DEL AÑO JUDICIAL MILITAR**

Tribunal Militar Central  
*Madrid, a 15 de octubre de 2015*

Excmo. Sr. Presidente del TS y del CGPJ, Excmo. Sr. Ministro de Defensa, Excmo. Sr. Jefe del Estado Mayor de la Defensa, Excmo. Sr. Auditor presidente del Tribunal Militar Central, Excmos. e Ilmos. Sras. y Srs.:

Agradezco la invitación a participar en este solemne acto de la jurisdicción militar, que hace visible una realidad: la plena integración de la jurisdicción militar en el Poder Judicial, pese a su naturaleza de jurisdicción especializada. Especialización indiscutible que se extiende también a la protección de los bienes jurídicos que articulan el estatuto y organización militar de la Guardia Civil, cuerpo armada, en funciones policiales y de seguridad. Y, que en todo caso tiene su mirada puesta en el horizonte de la defensa y seguridad colectivas como misión que el art. 8 CE encomienda a las Fuerzas Armadas.

Pero si se me permite una referencia personal, me siento honrada de estar hoy aquí porque la ocasión me suscita sentimientos de orgullo y emociones íntimas. Hace solo tres días, asistía por primera vez como FGE, al desfile de las Fuerzas Armadas, por lo demás, impresionante. En un momento concreto, cuando se rendía homenaje a los «*amigos perdidos*», y oíamos cantar un «*adiós dolorido*», recordaba las palabras de Edgar Allan Poe: solo es posible conservar la libertad, cuando se está dispuesto a morir por ella.

La plena integración de la Fiscalía Togada en la FGE es desde hace años una realidad normalizada. Más allá de su actuación ante la Sala V

del TS y de la jefatura de la Fiscalía Jurídico Militar, la Fiscalía Togada participa activamente en el quehacer diario de la FGE colaborando en la redacción de los informes del CF a los anteproyectos y proyectos normativos, en la elaboración de los borradores de circulares e instrucciones o en el desarrollo de los protocolos necesarios para el ejercicio de la jurisdicción universal en relación con los delitos contra la seguridad marítima en los espacios marinos.

Para ilustrar lo que digo, recordaré que el texto del nuevo art. 520 ter de la LECrim, fue introducido por L.O. 13/2015, de 5 de octubre, a partir de la propuesta de la FGE, a iniciativa de la Fiscalía Togada. Se contemplan ahora determinadas especialidades respecto de la detención en espacios marinos, justificadas en función de las limitaciones propias de los buques y aeronaves que las practican y en la lejanía y situación de aislamiento en las que habitualmente se producen.

Otra evidencia significativa son los protocolos de coordinación formalizados entre la FGE y el Estado Mayor de la Defensa y el Estado Mayor de la Armada para promover a través de la Fiscalía de la Audiencia Nacional el inicio de las actuaciones judiciales y la adopción, en su caso, de las medidas de prevención o cautelares que fueren precisas, en orden a asegurar la persecución de los delitos contra la seguridad marítima.

2015 ha sido un año marcado por profundos cambios normativos que inciden directamente en el ejercicio de nuestras funciones. 2016 exigirá un importante esfuerzo para la mejor interpretación y realización de los derechos y valores que las nuevas normas incorporan. A ello se añadirá el sobreesfuerzo que significa la revisión de los procedimientos afectados por el derecho transitorio.

Junto a las adaptaciones de leyes básicas para toda la comunidad jurídica: CC, CP, LECrim y C, LOPJ... en el ámbito de la jurisdicción militar destaca la nueva L.O. de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas de 2014, que entró en vigor el pasado 5 de marzo y el nuevo CP Militar. La L.O. 14/2015, de 14 de octubre que ha sido publicada precisamente hoy, en su Disposición Final Primera, anticipa también las modificaciones más urgentes de la L.O. del 87 de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, especialmente en lo que se refiere a los nombramientos de los magistrados de la Sala V del TS como de los presidentes, vocales y jueces de todos los órganos judiciales militares para asimilarlos a los de la jurisdicción ordinaria.

El principio inspirador y a la vez objetivo declarado del nuevo CP es el de integrar un texto realmente complementario del CP común, que incorpore en su articulado exclusivamente los preceptos que no tienen cabida



en aquel, o que, aun teniéndola, requieren alguna previsión singular que justifique su incorporación a la ley militar dentro del ámbito estrictamente castrense.

Es patente que la correcta aplicación del nuevo código exigirá un profundo conocimiento de los dos, el penal militar y el común, por su interrelación y por las constantes remisiones del primero al segundo. En este régimen, surgirán previsiblemente situaciones de concurso de normas o de delitos: en la determinación de la jurisdicción competente y en la solución de los casos, resultará esencial la posición del Ministerio Fiscal.

Pero aún si cabe puede ser más determinante la intervención de la Fiscalía Jurídico Militar en el control de legalidad sobre las sanciones disciplinarias impuestas por el mando militar. Deslindar si una determinada conducta es constitutiva de ilícito penal o disciplinario puede requerir conocimientos técnicos, experiencia y prudencia, particularmente cuando la distinción –y ocurrirá muchas veces– parte de un concepto jurídico indeterminado como es el de la «gravedad» de la conducta.

Tradicionalmente la misión nuclear del MF, de ejercicio de la acción penal para el descubrimiento del delito y el castigo de los culpables, aparecía acompañada de la imagen de una Magistratura de amparo de niños y personas desvalidas. Con el diseño del art. 124 CE se eleva a rango constitutivo, una función cardinal de defensa del interés público tutelado por la ley, de los derechos de los ciudadanos y del interés social. Constantemente, el legislador encomienda al fiscal nuevas funciones, muchas veces ajenas al proceso penal, en defensa de intereses sociales relevantes: protección de víctimas, de colectivos vulnerables, de intereses de consumidores y usuarios, protección integral del medioambiente, patrimonio histórico-cultural, ordenación del territorio, costas... Este es el diseño que recomiendan tanto el Comité de Ministros de la UE en su REc. 11(2012) como más recientemente, el Consejo Consultivo de Fiscales Europeos en la Carta de Roma de 17 de diciembre de 2014.

Ciertamente no es posible configurar jurídicamente la naturaleza de la proyección social del MF sobre la suma de sus atribuciones competenciales fuera del proceso penal. Por el momento y a falta de una configuración jurídica más precisa, es útil la imagen del fiscal como un aliado de los ciudadanos, como un puente entre la sociedad y la Justicia.

El propósito de la FGE es potenciar, también en el ámbito de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil, la función social del Ministerio Fiscal, de manera que sea también puente entre la institución, el colectivo de personas que la integran, particularmente quienes son víctimas de los delitos y los órganos judiciales militares.

Precisamente en este contexto se enmarca el protocolo en el que actualmente trabaja con su habitual competencia, la Fiscalía Togada, sobre Actuación de las Fiscalías Jurídico Militares en materia de información y protección procesal a militares víctimas en el ámbito castrense de violencia, trato degradante o acoso, sexual o profesional derivado de tales comportamientos.

La anunciada nueva L.O. de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar. La disposición Adicional Primera de la L.O. 14/2015 que aprueba el nuevo CP militar ordena al Gobierno la elaboración de un nuevo proyecto de L.O. de Reforma de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar en el plazo de 2 años. La FGE permanecerá atenta al cumplimiento de este mandato. Además de informar los proyectos legislativos que afectan directamente a nuestras funciones y al estatuto de los fiscales, es mucho lo que el MF puede hacer por el objetivo común de una justicia ágil, garantista, eficaz, también en el ámbito militar. Garante de los derechos de los acusados, pero activa en la averiguación de la verdad, el castigo de los culpables y la recuperación de las víctimas.

Son muchos los desafíos de todo orden que aguardan en el futuro, pero muchos más son nuestros objetivos de servicio a la Justicia y al Estado de derecho y nuestra determinación inquebrantable de alcanzarlos. Con la mira puesta en ese horizonte de servicio a la ley, a los ciudadanos y al Estado de derecho, me alegra y me tranquiliza contar con la excelencia profesional y el compromiso de la Fiscalía Jurídico Militar y también de los órganos judiciales militares.

El trabajo y el apoyo de la FGE están asegurados.

*Muchas gracias*

**PALABRAS DEL EXCMO. SR. GENERAL CONSEJERO  
TOGADO AUDITOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL MILITAR  
CENTRAL D. RAFAEL EDUARDO MATAMOROS MARTÍNEZ  
EN LA APERTURA DEL AÑO JUDICIAL MILITAR**

Con la venia. Excmo. Sr.

Mis primeras palabras tienen que ser de agradecimiento.

Agradecimiento al Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial que ha querido presidir este acto.

A la Excma. Sra. Fiscal general del Estado, por acompañarnos y por sus palabras.

Al Excmo. Sr. Ministro de Defensa, que ha dado cauce al proceso de actualización de la jurisdicción militar.

A las autoridades judiciales y togadas presentes, encabezadas por los Excmos. Sres. Vocales del Consejo General del Poder Judicial, el Excmo. Sr. Presidente y los Excmos. Sres. Magistrados de la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

A la Excma. Sra. Delegada del Gobierno.

Y al Excmo. Sr. Almirante general jefe de Estado Mayor de la Defensa, a la Excma. Sra. Subsecretaria de Defensa, al Excmo. Sr. General de Ejército jefe de Estado Mayor del Ejército, al Excmo. Sr. Director general de la Guardia Civil, y a las demás autoridades militares que nos acompañan.

Su presencia refuerza la solemnidad de la ceremonia y exterioriza la dimensión judicial, dentro del ámbito estrictamente castrense, de la jurisdicción militar.

Y agradecimiento, por supuesto, a todos Vds., señoras y señores, queridos compañeros del Cuerpo Jurídico Militar, por estar con nosotros y darnos su calor.

El acto que ahora celebramos simboliza la apertura de una nueva etapa en la ya larga andadura de la jurisdicción militar, que en su conformación constitucional quedó estructurada en 1987 por la Ley Orgánica de su competencia y organización, de 15 de julio de 1987.

La reciente reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial y las que introduce la nueva Ley Orgánica 14/2015, del Código Penal Militar, publicada en el día de hoy en el Boletín Oficial del Estado, por una parte sitúan netamente a la jurisdicción militar dentro del Poder Judicial; y, correlativamente, refuerzan su independencia como garantía institucional, al atribuir al Consejo General del Poder Judicial, en exclusiva, las atribuciones para el nombramiento de los jueces militares que antes correspondía al Ministerio de Defensa, además de una serie de competencias de carácter gubernativo en relación con los Tribunales y Juzgados Militares y quienes los sirven, que se suman a las que ya tenía el consejo.

Pero nos equivocáramos si pensáramos que hemos llegado al final del camino. Queda, por el contrario, mucho por hacer. El legislador quiere, y así lo ha ordenado, una modificación amplia de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la jurisdicción militar y de la Ley Orgánica Procesal Militar. Estas reformas, ineludibles, debieran abordar, como mínimo:

- El estatuto del juez militar para que queden garantizadas sin sombra de duda, su inamovilidad, su independencia y el sometimiento al imperio de la ley en su actuación.
- El sistema de formación inicial y de formación continuada de los jueces militares.
- La dimensión territorial de la jurisdicción militar y, en íntima relación con esta cuestión, el modelo funcional, considerando la pertinencia de evolucionar hacia un sistema de instrucción de las causas penales por el fiscal jurídico-militar, sometido al control de un órgano judicial de garantías.
- Y la agilización de los procedimientos penales y contencioso-disciplinarios, a partir de las bases y con las garantías establecidas por las leyes procesales comunes, sin perjuicio de las especialidades que imponga el marco castrense.

La meta es profundizar en un modelo de jurisdicción militar ajustada a los postulados jurisprudenciales sentados por nuestro Tribunal Constitucional y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y compatible con las recomendaciones que el Consejo Económico y Social de la Or-

ganización de Naciones Unidas ha plasmado en los denominados «*Principios Decaux*».

Una jurisdicción militar plenamente integrada en el Poder Judicial del Estado y por lo tanto externa al Ministerio de Defensa, con el que sin embargo no puede dejar de mantener una especial relación. Que administre justicia dentro del ámbito estrictamente castrense, con imparcialidad e independencia y sometida al control funcional del Tribunal Supremo, órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes; y a la supervisión gubernativa del Consejo General del Poder Judicial.

Una jurisdicción servida por jueces militares que sean ambas cosas. Jueces como los demás, nombrados por el mismo órgano de gobierno del Poder Judicial por reunir las capacidades, requisitos y formación exigibles para el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Y militares de intachable conducta, con especialidades estatutarias para garantizar una efectiva independencia y una intensa experiencia jurídico-militar a través del previo desempeño de puestos en la fiscalía jurídico-militar, las secretarías relatorías de los Tribunales Militares y las asesorías jurídicas de los comandantes militares y autoridades del Ministerio de Defensa.

Y me apresuro a aclarar que no existe antinomia entre la cualidad de juez y la de militar. La Justicia dentro de las Fuerzas e Institutos Armados es, además de un valor en sí misma, un objetivo que vienen expresando las Ordenanzas Militares, desde las del rey Carlos III. Por otra parte, la disciplina, principio cardinal de la organización castrense y regla básica de conducta para los militares no es, en definitiva, otra cosa que mandar y obedecer con estricta observancia de las normas.

En definitiva, y con esto concluyo, una jurisdicción militar así conformada garantizará con solvencia la convivencia ordenada y la efectividad de los principios de disciplina y jerarquía en el seno de los Ejércitos y la Guardia Civil. Y a través de la sanción de las infracciones penales castrenses y el control jurisdiccional de la acción disciplinaria desplegada por las autoridades y mandos militares contribuirá esencialmente a la operatividad y eficacia de las Fuerzas e Institutos Armados y a la fortaleza del Estado de derecho.

*Muchas gracias por su atención.*



# **NORMAS DE EDICIÓN Y PUBLICACIÓN**





## **REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR. NORMAS EDITORIALES**

La Revista Española de Derecho Militar, iniciada en 1956, y publicada 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.

Lo publicado en la Revista Española de Derecho Militar no expresa directrices específicas ni la política oficial del Ministerio de Defensa. Los autores son los únicos responsables de los contenidos y las opiniones vertidas en los artículos.

Además de en soporte de papel, la revista es accesible a través del portal del Ministerio de Defensa, página web [www.publicaciones,defensa.gob.es](http://www.publicaciones.defensa.gob.es).

## REQUISITOS DE LOS TRABAJOS

La Revista Española de Derecho Militar solo aceptará para su publicación trabajos originales. Salvo que concurran circunstancias excepcionales, se rechazarán trabajos publicados con anterioridad o remitidos paralelamente para su publicación en otras revistas.

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. Los trabajos se remitirán en formato de texto *word*, con letra *Times New Roman*, 12 para el texto y 10 para las notas a pie de página.

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.

El sumario encabezará el artículo, y en él se hará constar, de forma continua y sin puntos y aparte, los distintos apartados y subapartados en los que el tema se va a desarrollar.

El contenido del artículo será desarrollado siguiendo la estructura pre-fijada en el sumario. En cuanto al sistema de citas se 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.

Los trabajos serán enviados a la redacción de la revista, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Camino de Ingenieros nº 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.

**ANEXO**  
**INFORME SOBRE EVALUACIÓN DE TEXTOS**

TITULO DE LA OBRA

OBSERVACIONES SOBRE EL CONTENIDO

FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA

(Utilización de fuentes primarias o secundarias, documentación...)

CALIDAD Y SOLIDEZ DE LA INVESTIGACIÓN

(Estructura, Coherencia, Fundamentación de las conclusiones)

NOVEDADES QUE APORTA A SU CAMPO DE ESTUDIO

(Originalidad de las tesis o conclusiones)

OBSERVACIONES SOBRE LA FORMA

EXTENSIÓN

ORDEN

ESTILO

¿RECOMIENDA SU PUBLICACIÓN?

SÍ, SIN OBJECIONES

NO, DEBE SER RECHAZADO

SÍ, SI SE REALIZAN CORRECCIONES

SI SON NECESARIAS CORRECCIONES, INDÍQUELAS

NOMBRE Y APELLIDOS DEL EVALUADOR



ISSN 0034-9399



9 770034 939003