



Escuela Militar de Estudios Jurídicos

Cuaderno
práctico

4

Mayo-octubre 2010

SUMARIO

Doctrina de la Sala Quinta del Tribunal Supremo acerca de los requisitos para dictar sentencia de conformidad en el acto del juicio oral
Francisco Luis Pascual Sarriá, Teniente Coronel Auditor

De piratas, atuneros y banderas. Consideraciones sobre el abanderamiento de buques
Joaquín Ruiz Díez del Corral, Teniente Coronel Auditor

A vueltas con la caducidad de los procedimientos disciplinarios militares y la prescripción de las infracciones disciplinarias
Francisco Javier Gómez Docampo, Capitán Auditor

El recurso contencioso-disciplinario militar ordinario
María del Carmen Virseda Fernández, Capitán Auditor

El régimen jurídico de la propiedad inmobiliaria en el protectorado español de Marruecos y la importancia del sistema del Act Torrens
María Victoria Cascallana de la Varga, Teniente Auditor

Legislación española sobre secretos oficiales y su comparación con otras legislaciones OTAN
Alfonso Casasola Gómez-Aguado, Teniente Auditor

El surgimiento de las acusaciones *privadas* en el proceso penal militar
Isidro Fernández García, Teniente Auditor

El impacto de la industria de Defensa en el medio ambiente
Cristina Laín Casado, Teniente Auditor



MINISTERIO DE DEFENSA



Escuela Militar de Estudios Jurídicos

Cuaderno
práctico

4

Mayo-octubre 2010

SUMARIO

Doctrina de la Sala Quinta del Tribunal Supremo acerca de los requisitos para dictar sentencia de conformidad en el acto del juicio oral

Francisco Luis Pascual Sarriá, Teniente Coronel Auditor

De piratas, atuneros y banderas. Consideraciones sobre el abanderamiento de buques

Joaquín Ruiz Díez del Corral, Teniente Coronel Auditor

A vueltas con la caducidad de los procedimientos disciplinarios militares y la prescripción de las infracciones disciplinarias

Francisco Javier Gómez Docampo, Capitán Auditor

El recurso contencioso-disciplinario militar ordinario

María del Carmen Virseda Fernández, Capitán Auditor

El régimen jurídico de la propiedad inmobiliaria en el protectorado español de Marruecos y la importancia del sistema del Act Torrens

María Victoria Cascallana de la Varga, Teniente Auditor

Legislación española sobre secretos oficiales y su comparación con otras legislaciones OTAN

Alfonso Casasola Gómez-Aguado, Teniente Auditor

El surgimiento de las acusaciones *privadas* en el proceso penal militar

Isidro Fernández García, Teniente Auditor

El impacto de la industria de Defensa en el medio ambiente

Cristina Laín Casado, Teniente Auditor



MINISTERIO DE DEFENSA

DIRECTOR

Ángel Picazo Mas, Coronel Auditor

CONSEJO DE REDACCIÓN

Manuel Hernández-Tejero García, Coronel Auditor

Fernando Marín Castán, Coronel Auditor

Antonio Lozano Ramírez, Coronel Auditor

SECRETARIO

José María Sánchez Sánchez, Comandante Auditor

REDACCIÓN

Escuela Militar de Estudios Jurídicos

Camino de los Ingenieros, 6 (28047 Madrid)

Teléfono: 91 3647393

Fax: 91 3647399

Correo-e: emej@oc.mde.es

CATÁLOGO GENERAL DE PUBLICACIONES OFICIALES

<http://www.publicacionesoficiales.boe.es>

Edita:



NIPO: 075-11-020-1

Depósito Legal: M-4636-2010

Imprime: Imprenta Ministerio de Defensa

Tirada: 400 ejemplares

Fecha de cierre: diciembre 2010

NIPO: 075-11-021-7 (edición en línea)



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

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

SUMARIO

1. Doctrina de la Sala Quinta del Tribunal Supremo acerca de los requisitos para dictar sentencia de conformidad en el acto del juicio oral	5
<i>Francisco Luis Pascual Sarriá, Teniente Coronel Auditor</i>	
2. De piratas, atuneros y banderas. Consideraciones sobre el abanderamiento de buques.....	17
<i>Joaquín Ruiz Díez del Corral, Teniente Coronel Auditor</i>	
3. A vueltas con la caducidad de los procedimientos disciplinarios militares y la prescripción de las infracciones disciplinarias	25
<i>Francisco Javier Gómez Docampo, Capitán Auditor</i>	
4. El recurso contencioso-disciplinario militar ordinario.....	55
<i>María del Carmen Virseda Fernández, Capitán Auditor</i>	
5. El régimen jurídico de la propiedad inmobiliaria en el protectorado español de Marruecos y la importancia del sistema del Act Torrens	77
<i>María Victoria Cascallana de la Varga, Teniente Auditor</i>	
6. Legislación española sobre secretos oficiales y su comparación con otras legislaciones OTAN.....	91
<i>Alfonso Casasola Gómez-Aguado, Teniente Auditor</i>	
7. El surgimiento de las acusaciones <i>privadas</i> en el proceso penal militar.....	123
<i>Isidro Fernández García, Teniente Auditor</i>	
8. El impacto de la industria de Defensa en el medio ambiente.....	149
<i>Cristina Laín Casado, Teniente Auditor</i>	

1. DOCTRINA DE LA SALA QUINTA DEL TRIBUNAL SUPREMO ACERCA DE LOS REQUISITOS PARA DICTAR SENTENCIA DE CONFORMIDAD EN EL ACTO DEL JUICIO ORAL

*Francisco Luis Pascual Sarría
Teniente Coronel Auditor
Fiscalía Togada del Tribunal Supremo*

SUMARIO: 1. Introducción: Panorama legislativo. 2. El instituto de la conformidad. 3.- La doctrina sobre la conformidad en la jurisprudencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. 3.1. Naturaleza jurídica. 3.2. La regla general: inadmisión del recurso de casación. 3.3. El control de legalidad y el consentimiento del encartado.

1. INTRODUCCIÓN: PANORAMA LEGISLATIVO

Tanto la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), como la Ley Orgánica Procesal Militar (LPM), regulan el instituto de la «conformidad». Y así, en el ámbito de la jurisdicción castrense, se dedica a normalizarlo, dentro del Título III «Del Juicio Oral», el artículo 283, señalando que:

«El Tribunal dictará sentencia y no continuará el juicio oral si se dan todas las circunstancias siguientes:

- a) Que el Fiscal y la parte acusadora soliciten la absolución o pena que no exceda de tres años de prisión ni lleve aparejada la pérdida de empleo.*
- b) Que en los escritos del Fiscal y en los de cualesquiera de las otras partes no soliciten nuevas pruebas para el momento de la vista que no se hayan practicado en sumario.*
- c) Que el procesado y su defensor muestren la plena conformidad con la calificación más grave de las partes acusadoras, salvo lo dispuesto en el último párrafo de este artículo.*
- d) Que a juicio del Tribunal la pena más grave solicitada fuere la procedente con arreglo a la calificación adecuada.*

Continuará el juicio si fueran varios los procesados y no todos manifestaran igual conformidad. Cuando el procesado o procesados disintieren únicamente respecto a la responsabilidad civil, se limitará el juicio a la prueba y discusión de los puntos relativos a dicha responsabilidad.»

De una lectura literal del precepto y de la interpretación que le ha sido dada por el Tribunal Supremo, podemos extraer las siguientes importantes conclusiones:

- 1ª.- Que cabe dictar Sentencia de Conformidad cuando al inicio del acto de la vista, las partes (acusación y defensa) se muestren de acuerdo acerca de la autoría del encausado en la comisión del delito que se imputa, así como con la pena más grave que se interese, siempre que ésta no exceda del límite señalado por el legislador, y muestre igualmente su conformidad con las responsabilidades civiles exigibles, de haberlas.
- 2ª.- Que dicha conformidad se muestre de manera categórica por el acusado (haciendo el Auditor Presidente las preguntas con toda claridad y precisión)¹ y sea refrendada por su Defensor, a quién, en principio le correspondería indicar a su cliente las consecuencias de dicha aceptación del delito y de la pena tanto principal, como accesorias. Y señalo que «*en principio*», pues como veremos la doctrina de la Sala Quinta ha ido descargando dicha responsabilidad en el Tribunal Militar, siendo al Presidente del Tribunal o el Secretario Relator a quién le corresponde la obligación de señalar al encartado las consecuencias procesales que tendría la condena; y fundamentalmente los requisitos y consecuencias legalmente establecidos para la remisión condicional (artículos 368 y siguientes LPM), así como la imposibilidad de su concesión en el caso de que consten anotados antecedentes penales que no se hayan cancelado. El artículo 787.4 de la LECrim. atribuye al Secretario la misión de informar al acusado de las consecuencias de la conformidad.
- 3ª.- Que la pena sobre la que se conformen, aparezca a juicio del Tribunal como adecuada. Y así, la Sala podrá romper la conformidad cuando considere que procede la absolución del encausado, y éste y su defensor se hayan conformado, bien porque considere que los hechos no revisten entidad delictual, o porque existiendo delito, proceda la apreciación de una circunstancia excluyente de la responsabilidad criminal; en cuyo caso acordará la continuación del juicio oral.
- 4ª.- Que en el supuesto de aceptación de la conformidad por el Tribunal, no se continuará la vista y se dictará Sentencia en el plazo legal de tres días (art. 102 LPM), procediendo el Secretario Relator a la dación de cuentas.
- 5ª.- Dicha conformidad debe quedar debidamente plasmada en el Acta del Juicio Oral por el Secretario Relator, concretándose expresamente la aceptación del delito y de la pena, tanto principal, como accesorias, por el encausado y su defensor, así como las consecuencias de la sentencia condenatoria.
- 6ª.- Y la sentencia deberá de plasmar los hechos, la calificación jurídica y la pena de la acusación con las que se han conformado las partes, sin poder modificarlos.

¹ Y así se señala expresamente en el artículo 693 de la LECrim, señalando que «*El Presidente hará las preguntas mencionadas en los artículos anteriores con toda claridad y precisión, exigiendo contestación categórica*».

2. EL INSTITUTO DE LA CONFORMIDAD

El instituto al que nos referimos, supone como ha señalado la doctrina², una excepción al principio de indisponibilidad del objeto del proceso penal, que supone su sustracción a la voluntad de las partes, figura que también se da en otros países, así el *plea bargaining* (EEUU), *plea guilty* (Inglaterra), el *absprache* (Alemania), o el *patteggiamenti* (Italia)³, y que ha llegado a ser comparada por autores como GOLDSCHMIDT o ALCALÁ-ZAMORA con la confesión.

Nos encontramos, según los autores patrios, ante una figura cuya naturaleza jurídica exige un acto de disposición de la parte acusadora, un juicio de homologación del Tribunal acerca del cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos y una sentencia vinculada a la petición de condena sobre la que se han conformado. Si bien, la Sala Quinta del Tribunal Supremo en su interesante Sentencia de 05 de abril de 2006 (Ponente Juanes Peces), en su Fundamento Jurídico Primero (FJ1) acertadamente señaló ya que en los supuestos de conformidad, el Tribunal competente no es un mero *homologador* de los acuerdos que hayan adoptado las partes, sino que está obligado a realizar un real y efectivo control de legalidad, que concretaremos más adelante.

A la hora de fundamentar la institución de la conformidad, como señala GIMENO SENDRA⁴, no se argumenta por la doctrina científica razones ético-jurídicas, ni se toma en consideración la coherencia interna de los principios inspiradores del proceso penal, solo se atiende, según este autor, a criterios de *utilidad*, que en sí mismos resultan poco convincentes y que se resumen en un único fin «*descongestionar a los tribunales de un crecido contingente de causas sin verse obligado a un aumento de personal judicial y, por tanto, a recargar los presupuestos*»

La conformidad no es una novedad en nuestro ordenamiento procesal penal⁵, su regulación originaria y esencial se recoge en los artículos 655 y 688 a 700 de la LECrim. A esa inicial y más que centenaria normativa se le han ido superponiendo preceptos que han sido introducidos sucesivamente por leyes modificativas de la LECrim (así, la LO 7/1988 creadora del procedimiento abreviado) o complementarias de

² GIMENO SENDRA, Vicente, y otros. Derecho Procesal. Tomo II. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 1990. Epígrafe 79. Págs. 210 y ss.

³ Sobre la figura de la Conformidad, véase: CHOZAS LOZANO, José Manuel La «conformidad» en el proceso penal español. Ponencia de la II Jornadas de Otoño España-México de Derecho Procesal Penal. 22 a 25 de mayo de 2003 en el Instituto de la Judicatura Federal-Escuela Judicial de México. AGUILERA MORALES, M. El principio de consenso. La conformidad en el proceso penal español. CEDECS, Barcelona, 1998. BARONA VILAR, S. La conformidad en el proceso penal. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 1994. Y en Cuadernos de Derecho Judicial 9/1992. Serie Penal. El procedimiento abreviado. Del Consejo General del Poder judicial: VARELA CASTRO, Luciano. Para una reflexión sobre el régimen de la conformidad en el procedimiento abreviado. Págs. 185 a 236. MALLO MALLO, Luis Adolfo. Algunas consideraciones sobre la conformidad en el procedimiento abreviado. Págs. 397 a 410. LÓPEZ LORENZO, Virtudes. La conformidad en el procedimiento establecido por la Ley de 28 de octubre de 1988. Págs. 383 a 396.

⁴ Op. Cit. Pág. 213.

⁵ MORENO VERDEJO, J. La Conformidad en el proceso penal: especial referencia al procedimiento abreviado y juicio rápido.

www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL71.

ésta (como la LO 5/1995, de 23 de noviembre, del Tribunal del Jurado). Ese proceso ha culminado con la *Ley 38/2002, de 24 de octubre, sobre el procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado* y especialmente, en tanto que introdujo el artículo 801 en la LECrim, con la *Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre, complementaria de la anterior*, que han supuesto una relevante modificación del procedimiento penal y, en particular, del régimen de la conformidad⁶; y con la *Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*, que autorizó el recurso contra estas sentencias cuando no se hayan respetado los términos de la conformidad.

La conformidad, de otro lado, no es ajena al control de legalidad, toda vez que como señala DIEGO DíEZ⁷ le corresponde al juzgador, quién, no obstante la conformidad de la defensa y acusación, deberá de ejercitar una importante función de control sobre la calificación consensuada en los siguientes casos:

- 1º Si estimara que el hecho aceptado por todas las partes carece de tipicidad penal o resulta manifiesta la concurrencia de cualquier circunstancia determinante de la exención de pena o de su preceptiva atenuación (art. 793.3.II LECr).
- 2º Cuando la pena pedida por la acusación más grave no sea la procedente según la calificación mutuamente aceptada, sino otra mayor (art. 655.III y, por remisión, el art. 694, ambos de la LECr).
- 3º Cuando, debiendo inexcusablemente existir un cuerpo del delito, éste no se hubiese podido asegurar dentro de la fase de investigación (art. 699 LECr).

Facultad del Juzgador quién, como señala PALOMO DEL ARCO⁸, a pesar de la conformidad, a partir de la descripción del hecho aceptado por todas las partes, puede desvincularse y continuar la vista cuando estimare:

- que los hechos aceptados carecen de tipificación penal,
- concurre manifiestamente cualquier circunstancia determinante de la exención de la pena,
- o determinante de su preceptiva atenuación.

La justificación de esta facultad viene dada por imperativos de legalidad y justicia que deben impedir condenas improcedentes aunque sean aceptadas por el acusado; y en la defensa de los derechos fundamentales de la legalidad penal, presunción de inocencia y tutela judicial efectiva.

⁶ Instituto de la conformidad que se introduce en nuestro país, como señala GIMENO SENDRA, por tres razones: a) circunstancias sociológicas, debido al retraso y atasco de procedimientos penales en los Juzgados; y, b) la influencia de la Recomendación R(87) 18 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre simplificación de la justicia penal.

⁷ DIEGO DíEZ, Luis Alfredo de. El control judicial sobre la conformidad del acusado. *Revista del Poder Judicial* nº 23, Septiembre 1991. Consejo General del Poder Judicial. Estudios. Serie Procesal.

⁸ PALOMO DEL ARCO, Andrés. Dosimetría y Conformidad. *Cuadernos de Derecho Judicial* 9/1992. El Procedimiento Abreviado. Pág. 397 a 406. Consejo General del Poder Judicial. Serie: *Penal*

3. LA DOCTRINA SOBRE LA CONFORMIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA QUINTA DEL TRIBUNAL SUPREMO

3.1. Naturaleza jurídica

Sobre el instituto de la conformidad resulta de referencia la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 05 de abril de 2006 (Ponente Juanes Peces), en cuyo FJ1 se señaló que es según constante y reiterada doctrina jurisprudencial, que nos encontramos ante un acto unilateral de postulación y de disposición de la pretensión efectuada por la defensa, por el que mediante el allanamiento a la más grave de las penas, dentro de los límites legalmente establecidos, se ocasiona la finalización del procedimiento a través de una sentencia que produce efecto de cosa juzgada.

Y se señalan como notas características, las siguientes:

- 1ª.- La conformidad es un acto procesal que encierra toda una declaración de voluntad de poner fin a un proceso penal ya iniciado (STS Sala 2ª de 27 noviembre 2000, Ponente Marañón Chávarri), y que por tal razón comporta un verdadero allanamiento (SSTS Sala 2ª de 7 de febrero de 1994, Ponente Hernández Hernández; y 9 de octubre de 1998). Con ello se diferencia la conformidad española del «*guilty plea*» anglosajón.
Sin embargo, en la actualidad parte de la doctrina considera que la conformidad constituye una verdadera transacción penal que produce en el marco del principio de oportunidad reglada que es el que prevén la mayoría de los Ordenamientos Jurídicos, a diferencia del vigente en EEUU, que recoge expresamente el principio de oportunidad en su más amplio sentido.
- 2ª.- La conformidad no integra un negocio jurídico, sino un allanamiento.
- 3ª.- Por esta razón, porque la titularidad de la conformidad corresponde a la Defensa, se diferencia de otras instituciones afines tales como la solicitud vinculada de sobreseimiento.
- 4ª.- Por ser un acto unilateral de la defensa, no puede ésta en vía de Recurso de Casación, según ha señalado reiteradamente la jurisprudencia, alegar vulneración de la presunción de inocencia, «*pues la conformidad exime a la acusación de la carga de la prueba de los hechos constitutivos, siéndole de aplicación el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos*» (entre otras muchas, STS Sala Quinta de 16 de diciembre de 2005, Ponente Juanes Peces). Y así, la pretensión de una hipotética vulneración de la presunción de inocencia del recurrente dependerá, «*de que se haya infringido o no el régimen jurídico de la conformidad, de suerte que si en este supuesto se constata que el Tribunal ha actuado en todo con sujeción a cuanto prescribe la Ley en materia de conformidad, resulta difícil –tal y como razonaremos posteriormente– apreciar la vulneración de este derecho fundamental, pues la respuesta dada por el Tribunal sería la adecuada a Derecho, de ahí la conveniencia de analizar en profundidad los requisitos y efectos de la conformidad, que en parte son comunes al ámbito militar y al procesal penal común*».

Doctrina de la Sala Quinta que resulta coincidente con la de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, y que viene recogida, entre otras, en la Sentencia de 12 de julio de 2006 (Ponente Verdugo y Gómez de la Torre), en cuyo FJ1, se determina la naturaleza y justificación de la conformidad señalando que con independencia de las distintas posturas doctrinales sobre la naturaleza jurídica de la conformidad, y en este sentido cabe recordar que la STS Sala Segunda de 17 de junio de 1991 (Ponente Martín Pallín), consideró la conformidad una institución que pone fin al proceso basándose en razones utilitarias o de economía procesal. Para algunos autores, señala la Sentencia, la conformidad significaría un allanamiento a las pretensiones de la acusación pero sin llegar a su equiparación total y a sus estrictas consecuencias, por cuanto hay que reconocer que en el proceso civil rige el principio dispositivo y la verdad formal, mientras que en el proceso penal prepondera el de legalidad y el indisponibilidad del objeto del proceso, siendo la búsqueda de la verdad material a la que se orienta este proceso; mientras que otras opiniones entienden que la debatida figura pugna con el principio conforme al cual nadie puede ser condenado sin ser previamente oído y defendido, aunque lo cierto es que si pudo defenderse y ser oído, renunciando a ello porque quiso, admitiendo y confesando su culpabilidad; si bien la conformidad supone que el hecho sea «*aceptado*» como existente ello no implica que se trate de una verdadera confesión y por tanto, de una actividad probatoria como sería el interrogatorio del acusado.

También se señala en la resolución de 05 de abril de 2006, que por algún sector doctrinal se ha dicho que la conformidad no es un acto de prueba, sino un medio para poner fin al proceso, es decir una situación de crisis del mismo, mediante la cual se llega a la sentencia, sin previo juicio oral y público, y de modo acelerado, consecuente a la escasa gravedad de la pena solicitada por las acusaciones y el convenio o acuerdo habido entre acusadores y acusados, en el que han participado los defensores de estos últimos y finalmente se ha sostenido que la conformidad es una declaración de voluntad de la defensa, que no constituye confesión, porque lo contrario pugnaría con el artículo 24.2 de la CE, que recoge el derecho a no confesarse culpable, y se considera que la conformidad constituye una clara consecuencia de la admisión del principio de oportunidad que podrá reportar al acusado substanciales ventajas materiales derivadas de una transacción penal, Entendiéndose por ello que no debe hablarse de la existencia de un pacto subyacente entre las partes –dada la indisponibilidad del objeto del proceso penal– y lo que hay es una concurrencia de voluntades coincidentes. Como conclusión, «*la conformidad no sería una institución que operase sobre el objeto del proceso, sino sobre el desarrollo del procedimiento, posibilitando obviar el trámite del juicio oral*».

Por último y refiriéndonos a las razones de la existencia de esta institución, tema sobre el que ya hemos tratado anteriormente, la Sala Quinta tiene señalado que, además de pretender asegurar la celeridad procesal a niveles mínimos para la sociedad, la búsqueda del consenso es un imperativo ético-jurídico que puede venir apoyado por dos parámetros constitucionales:

- 1º.- la obtención del consentimiento del acusado a someterse a una sanción, que implica una manifestación de la autonomía de la voluntad o ejercicio de la libertad y desarrollo de la propia personalidad proclamada en el artículo 10.1. de nuestra Carta Magna, y

- 2º.- porque el reconocimiento de la propia responsabilidad y la aceptación de la sanción implican una actitud resocializadora que facilita la reinserción social, proclamada como fin de la pena en el artículo 25.2 de la CE, y que en lo posible no debe ser perturbada por la continuación del proceso y el estigma del juicio oral.

3.2. La regla general: inadmisibilidad del recurso de casación

Sentada la naturaleza jurídica de la conformidad como expresión de voluntad que pone fin al proceso, sobre el Tribunal que dicta la sentencia de conformidad pesa la obligación de controlar –también dentro de ciertos límites–, la corrección de la calificación aceptada de una parte, y la procedencia de la pena (Sentencias de la Sala Quinta de 16 de diciembre de 2005, y de la Sala Segunda de 15 de abril de 2003, Ponente Conde-Pumpido Tourón), de manera que la conformidad del acusado con la acusación siempre que venga garantizada y avalada por su Letrado defensor, comportaría una renuncia implícita a replantear para su revisión por el Tribunal casacional, las cuestiones fácticas y jurídicas que ya se han aceptado, libremente y sin oposición, pues –añade la Sentencia de 15 de abril de 2003– *«nadie puede ir contra sus propios actos, impugnando lo que se ha aceptado libre, voluntariamente y con el asesoramiento jurídico necesario»*.

Y ello es así, porque el Principio de Seguridad jurídica obliga a ello, pues, de lo contrario, *«se quebrantaría la regla «pacta sunt servanda», posibilitando el fraude derivado de una negociación dirigida a conseguir, mediante la propuesta de conformidad, una acusación y una sentencia más benévolas para posteriormente impugnar en casación lo previamente aceptado, sin posibilidades para la acusación de reintroducir otros eventuales cargos más severos, renunciándolos para obtener la conformidad»*.

Por ello ha sido doctrina de la Sala Segunda establecer como regla general la inadmisibilidad de los recursos interpuestos contra las Sentencias dictadas de conformidad (Sentencias de 08 de febrero de 1966, 23 de octubre de 1975, 8 de febrero y 4 de junio de 1984, 9 de mayo de 1991, 19 de junio de 1996, 27 de abril de 1999, 17 de noviembre de 2000, y 06 de noviembre de 2003, entre otras muchas), *«por carecer manifiestamente de fundamento»*. Razones de inadmisibilidad que, como se señala en la Sentencia de la Sala Segunda de ese Tribunal Supremo de 12 de julio de 2006 (Ponente Berdugo y Gómez de la Torre), se apoya en las siguientes tres razones (SSTS de 02 de enero y 6 de abril de 2001):

- 1ª) en el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, impugnando lo que ha aceptado libre, voluntariamente sin oposición y con el asesoramiento jurídico necesario.
- 2ª) en el principio de seguridad jurídica, fundamentado en la regla *«pacta sunt servanda»*; que se conculcaría de aceptarse la posibilidad de revocar lo pactado.

3ª) en las posibilidades de fraude, derivadas de una negociación dirigida a conseguir, mediante la propuesta de conformidad, una acusación y una sentencia más benévolas, para posteriormente impugnar en casación lo previamente aceptado, sin posibilidades para la acusación de reintroducir otros eventuales cargos más severos, renunciados para obtener la conformidad.

Y en parecidos términos se ha expresado la Sala Quinta en su Sentencia de 20 de mayo de 2002 (Ponente Calvo Cabello) en la que, entre otras cosas, se señala que:

«La admisión de un recurso de casación contra una sentencia dictada con base en una expresa conformidad producida con la concurrencia de todas las exigencias legales, iría contra la Doctrina de los propios actos, porque la conformidad supone un acto propio al que el Ordenamiento atribuye trascendencia jurídica, siendo la pretensión revocatoria de la sentencia dictada en tal supuesto atentatoria a la buena fe procesal (...) Solamente cuando no se cumplen las condiciones necesarias para la validez de la conformidad al mostrar el acusado su conformidad faltando alguna exigencia legal o separarse el juzgador de la conformidad al dictar sentencia o, pese a cumplirse aquellas condiciones resultara vulnerado el principio de legalidad, es viable en estos casos la impugnación de la sentencia en casación por cuanto en ellos se habrá infringido la Ley». En igual sentido se han pronunciado las Sentencias de la Sala Quinta de 30 de marzo y 5 de junio de 2009 y 28 de enero y 4 de marzo de 2010, siguiendo las de 23 de julio y 23 de noviembre de 2007 y 11 de enero, 12 de mayo y 4 de noviembre de 2008, 30 de marzo y 25 de junio de 2009, añadiendo que *«en estas sentencias de conformidad, la regla general es la inadmisibilidad de los recursos de casación, habida cuenta que la aceptación del acusado, comporta la renuncia implícita a plantear de nuevo las cuestiones fácticas y jurídicas, que en su caso, pudo dirimir en el juicio oral que aceptó libremente no llegara a celebrarse».*

Resulta, en conclusión, regla general la inadmisibilidad de los Recursos de Casación formalizados contra las Sentencias de Conformidad, doctrina que ha quedado acuñada y consolidada a través de numerosos pronunciamientos de la Sala Quinta entre los que cabe citar las Sentencias de 22 de noviembre y 5 de diciembre de 2002; de 6 de febrero, 7 de abril, 16 de junio, 22 de julio, 15, 26 y 29 de septiembre, y 4 de diciembre de 2003; de 23 de enero, 5, 22 y 26 de marzo, 26 de abril, 17 de septiembre, 5 y 7 de diciembre de 2004; 9 de marzo, 18 de mayo, 20 de junio de 2005; y 26 de enero, 1 de marzo, 11 de mayo, 23 de junio, 13 de julio de 2006, 11 y 24 de noviembre de 2006, 20 de febrero, 23 de julio, o, más recientemente, entre otras muchas, en las de 29 de julio, 11 y 12 de noviembre, 10, 11, 12 y 17 de diciembre de 2008, y 15 de enero, 25 de junio de 2009 y 4 de marzo de 2010.

«En estos casos tiene establecido la Sala con reiterada virtualidad de la que son exponente las Sentencias 24.01.2002; 20.05.2002; 06.02.2003; 07.04.2003; 22.07.2003; 15.09.2003; 29.09.2003; 04.12.2003; 23.01.2004; 05.03.2004; 22.03.2004; 26.03.2004; 05.11.2004; 07.12.2004; 09.03.2005; 18.05.2005; 20.06.2005; 26.01.2006; 01.03.2006; 11.05.2006; 09.02.2007; 12.02.2007; 19.07.2007; 17.10.2007; 23.11.2007; 11.01.2008; 23.04.2008; 30.04.2008 y últimamente 16.07.2008; que cuando la Sentencia se atiene a las condiciones en que la conformidad se produjo, se observa el principio de legalidad penal, y no se infringe

ninguna de las exigencias procesales para la validez de la conformidad; en tales supuestos la impugnación de la Sentencia de instancia deviene inadmisibile y en este trance casacional da lugar a la desestimación del Recurso, por cuanto que la actuación impugnativa del condenado contraviene la doctrina según la cual no es posible alzarse contra los actos propios; porque ello afecta a la seguridad jurídica y a la buena fe procesal y, en definitiva, porque habiéndose conformado el acusado con la acusación no existe gravamen alguno ya que la aceptación de la pretensión acusatoria satisface el interés de la parte acusada. La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, añade un nuevo apartado 7 al art. 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por el que se establece que únicamente serán recurribles las Sentencias de conformidad cuando no se hayan respetado los requisitos o términos de la conformidad, sin que el acusado pueda impugnar por razones de fondo su conformidad libremente prestada.»

Y en base a ello la Sala Quinta ha procedido a dictar Autos de Inadmisión de 24 de febrero de 1999, 5 de junio de 2002, 22 de septiembre y 28 de noviembre de 2003; 19 de abril de 2004, 09 y 25 de febrero, 27 de junio y 29 de septiembre de 2005, entre otros, señalando que,

«las sentencias dictadas de conformidad son irrecurribles en casación si lo han sido en atención a una conformidad producida con la concurrencia de todas las exigencias legales el Tribunal de Instancia se ha acomodado a la concordancia exigible entre las voluntades manifestadas por la acusación y defensa en el acto de la vista sin quebrantar su contenido, y no se ha vulnerado el principio de legalidad en la resolución dictada». (Auto de 29 de septiembre de 2005. Ponente Aparicio Gallego).

3.3. El control de legalidad y el consentimiento del encartado

Entendido así el instituto de la conformidad, la doctrina también coincide en afirmar que, no obstante la conformidad prestada por el condenado y su Defensa, el Tribunal no puede eludir un cierto control de legalidad extensible, entre otros elementos, a la posible existencia de causas eximentes o atenuantes de la responsabilidad penal, en cuyo caso, de estimar la eventual concurrencia de alguna de ellas, deberá ordenar la continuación del juicio.

Y ello es así, toda vez que no obstante la conformidad que en el acto de la vista den tanto el encartado como su representación letrada, el Juez o Tribunal puede ordenar la continuación del juicio oral cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Cuando considere incorrecta la calificación formulada o entendiera que la pena solicitada no procede legalmente.
- b) Cuando estime que ha habido error en la calificación del hecho punible, lo que obliga al Juez a examinar la atipicidad del hecho y con él, la eventual despenalización del hecho punible.
- c) La existencia de causas de exención o de atenuación de la responsabilidad penal.

- d) Existencia de un concurso real o ideal o de condiciones objetivas de punibilidad y excusas absolutorias.
- e) No esté conforme con el grado de ejecución.

Y además, y ello es de especial trascendencia como veremos, el Juez o Tribunal ante el que ha tenido lugar la conformidad deberá cerciorarse de que el inculpado ha prestado su consentimiento libremente, lo que obliga a dicho Tribunal a informar previamente al mismo de las consecuencias de la sentencia de conformidad, pues sin dicha información no puede decirse que haya existido un consentimiento libre.

Siguiendo esta consolidada doctrina, y como señala en la Sentencia de la Sala Quinta de 30 de marzo de 2009, las sentencias de conformidad *«solo pueden recurrirse si la dictada lo ha sido incumpliendo alguna de aquellas condiciones legales antes indicadas –a saber, cuando la conformidad del acusado se haya producido faltando alguna de las exigencias legales, el juzgador no se atuvo a los términos acordados, separándose de la conformidad al dictar la sentencia, o cuando, cumpliéndose aquellas dos condiciones, el principio de legalidad resultare vulnerado–, expresamente contenida en una abundante jurisprudencia de la que son exponentes, entre otras, nuestras Sentencias de 20.05 y 05.12.2002; 13.03, 16.06, 22.07 y 16 y 29.09.2003; 22.03.2004; 09.03, 18.05 y 01.12.2005; 26.01, 01.02, 01.03, 07.04 y 11.05.2006; 24.10.2007; y 28.07 y 12 y 20.11.2008»*.

Acerca de los requisitos para la validez de la conformidad prestada, éstos vienen pormenorizadamente recogidos en la Sentencia de 04 de marzo de 2010 (Ponente Pignatelli Meca), que recoge la doctrina de esa Sala, *añadiendo que «esta regla general de inadmisibilidad del recurso de casación en las sentencias dictadas con la conformidad del acusado quiebra obviamente cuando no se han respetado los requisitos formales precisos para la validez de dicha conformidad o los términos del acuerdo entre las partes, cuando tal conformidad resulte ineficaz por existir un vicio de consentimiento o cuando se vulnere el principio de legalidad, pues éste prevalece frente al acuerdo de las partes, dada la indisponibilidad del objeto del proceso penal»*;

Como requisitos para que la conformidad prestada por el condenado surta plenamente sus efectos, tanto la Sala Quinta como la Sala Segunda del Tribunal Supremo han exigido reiteradamente;

- 1º.- que, *«ha de ser absoluta, personalísima, voluntaria (esto es, consciente y libre), formal, vinculante y de doble garantía»*;
- 2º.- que, *«para que la conformidad del acusado con los términos de la acusación produzca las consecuencias establecidas por la ley, éste no solo ha de expresarse libremente, sino que ha de estar también informado de tales consecuencias. La doctrina ha sostenido siempre la necesidad y la importancia de esta exigencia. Para que sea eficaz la voluntad del acusado, además de haberse formado y haber sido emitida libremente, es preciso que vaya precedida de una información que el Tribunal debe proporcionarle sobre las consecuencias legales de su conformidad»*; (Sentencias de 12 de febrero y 1 de marzo de 2007).

3º.- y más recientemente en la Sentencia de 12 de marzo de 2009, se concretó esta necesidad de informar al condenado añadiendo que, *«no se trata de que la información tenga por objeto las consecuencias de la condena en todo el ámbito administrativo o en relación con todo proyecto que el acusado pueda tener. Pero tampoco ha de ceñirse la información a las consecuencias estrictamente penales (por ejemplo, la condena por el delito imputado; la imposición de las penas aceptadas; el cumplimiento de éstas o su suspensión). La información ha de tener por objeto también aquellas consecuencias de la condena que nazcan directamente de ésta, estén recogidas en una norma con rango de ley y afecten de forma objetivamente relevante a la vida profesional militar»*. En igual sentido la STS 5.ª de 4 de marzo de 2010 y el Auto de 4 de noviembre de 2010.

En base a esta doctrina garantista de la Sala Quinta, esta obligación de informar al condenado se ha visto concretada en varios supuestos:

1º.- La obligación de informar sobre la consecuencia administrativa por vía de la aplicación de las previsiones contenidas en al Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería Profesional, y en la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, de que la condena llevaría implícita su cese en las Fuerzas Armadas (Sentencias de 12 de marzo, 6, 13 y 14 de abril de 2009), procediendo a anular las Sentencias dictadas y devolver las actuaciones al Tribunal Militar para nuevo enjuiciamiento. Y así, en la última de las resoluciones reseñadas se concreta que *«En el presente caso la condena por delito doloso de Abandono de destino incidiría directamente sobre el compromiso en vigor, dando lugar a su resolución según lo dispuesto en el art. 118 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, o bien resultaría aplicable con los mismos efectos lo dispuesto en el art. 10.j) de la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería, tratándose de compromiso de larga duración. Ninguna advertencia o prevención se hizo al acusado en tal sentido, según está redactada el Acta extendida por el fedatario judicial, ni hay constancia tampoco del anterior dato en el texto de la Sentencia recurrida»*. Y por ello, concluye que *«En estas condiciones, la conformidad no fue expresiva del consentimiento emitido por el recurrente tras ser informado de las aludidas consecuencias, por lo que la infracción de este requisito de carácter esencial debe determinar la nulidad de la Sentencia de instancia, lo que comporta la realización de nuevo enjuiciamiento en las condiciones dichas de información o instrucción suficiente al acusado, previamente a manifestar éste la posible conformidad con los términos en que la acusación se formule; enjuiciamiento que correrá a cargo del mismo Tribunal integrado por miembros distintos de los que dictaron la Sentencia que se anula»*.

2º.- Un segundo supuesto se ha apreciado en la Sentencia de 13 de abril de 2009, al considerar que el consentimiento se encontraba viciado por no haber informado de que por su condición de militar, no le resultaría de aplicación los beneficios de la suspensión de condena. Y señala la Sala que *«resultando necesaria la información al acusado de las consecuencias de su conformidad*

resulta preciso delimitar el alcance de dicha obligación que el mencionado artículo 787 de la ley procesal penal común no concreta. En este sentido, y como bien señala el Ministerio Fiscal, resulta imprescindible que el acusado sea informado de las penas principales que acepta y su duración, de las penas accesorias que pudieran derivarse de aquéllas y de los efectos legales de las penas con las que se va a conformar, debiendo extenderse también la información a la particular regulación de la condena condicional en el ámbito penal castrense, donde se limita la concesión de dicho beneficio a los reos que no pertenezcan a los Ejércitos (artículo 44 del Código Penal militar).» Y señala que «la obligación del Secretario no cabe extenderla a todas las consecuencias que efectivamente pudieran derivarse de la condena, pues alguna de ellas dependerá de las personales circunstancias del acusado y porque, a tal fin, éste deberá contar con el debido asesoramiento del letrado que haya asumido su defensa, sino a «aquellas consecuencias de la condena que nazcan directamente de ésta, estén recogidas en una norma con rango de ley y afecten de forma objetivamente relevante a la vida profesional militar».

- 3º.- Un último supuesto se contiene en el Voto Particular emitido por el Magistrado Calvo Cabello a la Sentencia de la Sala Quinta de 18 de enero de 2010, considerando necesaria la conformidad no solo de la pena principal, sino también de las accesorias. «Discrepo de la conclusión de la Sala, pues entiendo que al no precisar la Secretario Relator al acusado cuáles eran las penas accesorias que la condena llevaría consigo, éste no fue debidamente informado y, en consecuencia, no estaba en condiciones de emitir un consentimiento eficaz. La sentencia le impuso como accesoria la suspensión cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena (cuatro meses de prisión). Pues bien, al no estar informado el acusado, hoy recurrente, de que la pena de prisión llevaba consigo esa accesoria concreta, la conformidad era ineficaz para sustentar la sentencia dictada, lo que debió conducir a la estimación del recurso y la correspondiente casación de ésta, a fin de que el Tribunal de instancia, constituido por otros miembros, juzgara nuevamente al recurrente con arreglo a derecho.»

2. DE PIRATAS, ATUNEROS Y BANDERAS. CONSIDERACIONES SOBRE EL ABANDERAMIENTO DE BUQUES

*Joaquín Ruiz Díez del Corral
Teniente coronel auditor*

INTRODUCCIÓN

Desde que el mundo es mundo, los hombres, con mayor o menor pericia, han surcado los mares para comunicarse, guerrear y comerciar. Y para rapiñar lo que buena o malamente han podido, que así es la naturaleza humana. La piratería, para tantos, un sangriento y romántico fenómeno arrumbado en el saco de la Historia, nunca ha muerto; es cierto que en estos tiempos suele circunscribirse a concretas y determinadas aguas en el Mar de la China, el Golfo de Guinea o la costa oriental de África, pero ahí está. La efervescencia pirata en el Océano Índico ha provocado, una vez repuestos de su estupor desavisados gobernantes y legisladores, una reacción internacional para tratar de erradicar, o al menos disminuir, los frecuentes ataques de los piratas somalíes a buques mercantes, pesqueros o deportivos que navegan o faenan en aquellas aguas. No es intención de estas líneas analizar el complejo fenómeno de la piratería, ni en el Índico, ni en ninguna otra parte del globo; tampoco lo es el estudio del problema desde puntos de vista geostratégicos, tácticos o sociopolíticos, ni formular propuestas u obtener conclusiones a la luz del Derecho internacional o nacional. El propósito es otro.

El 20 de abril de 2008, piratas somalíes secuestraron al atunero congelador español «Playa de Bakio», liberándolo el siguiente día 26, después de, al parecer, haberse pagado un rescate de 1.200.000 dólares. El 3 de octubre de 2009, otro buque español de similares características al «Playa de Bakio», el «Alakrana», fue asaltado y secuestrado por los piratas, que lo mantuvieron en su poder hasta el 17 de noviembre; todo apunta que esta vez, el rescate pagado ascendió a 4.000.000 de dólares. Los dos secuestros hicieron correr ríos de tinta, pues a la preocupación por la suerte de los secuestrados, se añadió una agria polémica sobre todas y cada uno de

los factores que incidieron en la gestión de las crisis: Desde el problema que supone la falta de tipificación de la piratería en el vigente Código Penal, hasta la licitud del pago de rescates a los secuestradores, pasando por la actuación de las unidades de la Armada desplegadas en la zona, la actividad diplomática y de inteligencia llevadas a cabo, o la competencia procesal para el enjuiciamiento de los piratas. Pero hubo otro asunto que ocupó la atención de los medios de comunicación y fue objeto de viva discusión en todas las conversaciones, foros y tertulias: Al parecer, los dos atuneros no arbolaban la bandera española en el momento del secuestro. Diversas informaciones periodísticas señalaron que los dos atuneros matriculados en Bermeo navegaban sin la bandera nacional, pero sí con la de la comunidad autónoma vasca, otras que sólo con la autonómica y otras, que con ninguna. Periodistas, políticos, tertulianos, familiares y vecinos de los secuestrados, pescadores, armadores y todo el variopinto personal al que se puso ante un micrófono, pontificaron al respecto: que si no es obligatorio llevar izada la enseña nacional, que si se puede arbolar una solitaria bandera autonómica, que se pueden enarbolar las dos, que se puede llevar la que mas guste o que da igual llevar bandera que no llevarla; en fin, se dijeron muchas tonterías. Por eso, conviene aclarar algún extremo sobre el abanderamiento de buques. Este es el objeto de estas reflexiones.

REGULACIÓN INTERNACIONAL

La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, firmada en Montego Bay, Jamaica, el 10 de diciembre de 1982, constituye el laborioso fruto de la tercera conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, colofón de un complejo y largo proceso codificadorio. La Convención entró en vigor en España el 14 de febrero de 1997, fecha en la que pasó a formar parte del ordenamiento jurídico español, cumpliéndose así lo preceptuado en el artículo 96 de la Constitución.

Como no podía ser de otra forma, el convenio contempla determinados preceptos relativos al abanderamiento de buques, y lo hace en la forma en que históricamente se ha concebido por el Derecho Internacional; así su artículo 91 regula la nacionalidad de los buques, en el mismo sentido en que lo hacía el Convenio de Derecho del Mar elaborado en Ginebra en 1958, enunciando el principio general de que *«Cada Estado establecerá los requisitos necesarios para conceder su nacionalidad a los buques, para su inscripción en un registro en su territorio y para que tengan el derecho de enarbolar su pabellón. Los buques poseerán la nacionalidad del Estado cuyo pabellón estén autorizados a enarbolar...»* Tan importante declaración se desarrolla en el artículo 92: *«1. Los buques navegarán bajo pabellón de un solo Estado y, salvo los casos excepcionales previstos de modo expreso en los tratados internacionales o en esta Convención, estarán sometidos, en alta mar, a la jurisdicción exclusiva de dicho Estado. Un buque no podrá cambiar de pabellón durante un viaje ni en una escala, salvo en el caso de transferencia efectiva de la propiedad o del cambio de registro. 2. El buque que navegue bajo los pabellones de dos o mas Estados, utilizándolos a su conveniencia, no podrá ampararse en ninguna de esas nacionalidades frente a un tercer Estado y podrá ser considerado buque sin nacionalidad».*

El artículo 94 de la Convención establece los deberes del Estado del pabellón y establece que «1. *Todo Estado ejercerá de manera efectiva su jurisdicción y control en cuestiones administrativas, técnicas y sociales sobre los buques que enarboleden su pabellón. 2. En particular, todo Estado: a) Mantendrá un registro de buques en el que figuren los nombres y características de los que enarboleden su pabellón...*»

De la interpretación literal, lógica y sistemática de los preceptos internacionales expuestos, puede concluirse, sin dificultad, lo siguiente: 1º) Los buques deberán enarbolar la bandera de un solo Estado. 2º) Los buques que naveguen con la bandera de más de un Estado o sin bandera podrán ser considerados buques sin nacionalidad. 3º) El pabellón de un Estado ampara al buque que lo arbola y 4º) Existe una relación directa entre abanderamiento y matriculación: esta configura a aquel. El Derecho del Mar establece normas generales de obligado cumplimiento, que no requieren una especial labor interpretativa, pues su redacción es bastante nítida y precisa. No obstante tal precisión, necesitan ser desarrolladas por el derecho interno de los diferentes Estados soberanos.

Si bien es cierto que no admite dudas la obligatoriedad de que los buques civiles arbolen exclusivamente el pabellón de un solo Estado, no queda suficientemente claro que, durante las navegaciones realizadas por dichos buques, estos, materialmente, la lleven izada.

REGULACIÓN NACIONAL

El artículo 149.1, 20ª de la Constitución, atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre marina mercante y abanderamiento de buques, desarrollándose la competencia de abanderamiento en tres normas que consagran el viejo principio, universal y pacíficamente aceptado, de que la relación bandera-buque, determina la autoridad, jurisdicción y protección del Estado sobre los buques bajo su pabellón. La primera es la Ley 39/1981, de 28 de octubre, por la que se regula el uso de la bandera de España y el de otras banderas y enseñas, la segunda el Real Decreto 2335/1980, de 10 de octubre, por el que se regula el uso de la Bandera de España y otras banderas y enseñas a bordo de los buques nacionales, y la tercera, el Real Decreto 1027/1989, de 28 de julio, de Abanderamiento y registro de buques.

La Ley 38/1981, la tan famosa como incumplida «Ley de banderas», establece los principios generales sobre utilización de la bandera nacional, refiriéndose en el apartado 4 de su artículo tercero al abanderamiento de buques civiles, al establecer que «*La bandera de España se enarbolará en los buques, embarcaciones y artefactos flotantes españoles, cualquiera que sea su tipo, clase o actividad, con arreglo a lo que establezcan las disposiciones y usos que rigen la navegación*».

El Real Decreto de 1989 recoge las normas administrativas reguladoras del abanderamiento, matriculación y registro de buques, definiendo su artículo 14 al abanderamiento como «*el acto administrativo por el cual, tras la tramitación prevista en este Real Decreto, se autoriza a que el buque arbole el pabellón nacional*».

A pesar de la importancia de estas normas, no vamos a centrarnos en su análisis, pues conviene hacerlo en el Real Decreto de 1980, que regula específicamente el abanderamiento de los buques civiles desde un punto de vista estrictamente material: cuando y como estos buques deben llevar izada la bandera nacional. Su texto es breve, pero no precisamente de una claridad meridiana. Veamos. El artículo primero realiza una contundente declaración aplicable a todos los buques y embarcaciones civiles españoles:

«Todos los buques y embarcaciones nacionales, mercantes, de pesca, deportivos y de recreo, de servicios portuarios, así como los artefactos flotantes, cualquiera que sea su tipo, clase o actividad, enarbolarán, como único pabellón, la Bandera de España».

El artículo segundo completa al primero al disponer:

«Uno. Se reservará el asta de popa y el pico del palo mayor para la Bandera de España.

Dos. Ninguna otra bandera ni enseña podrá permanecer izada si no lo está el Pabellón nacional, y sus dimensiones nunca serán superiores a un tercio del área de este».

La posibilidad de utilización de banderas y enseñas propias de las comunidades autónomas junto a la Bandera Nacional, matiza el principio general enunciado en los dos anteriores artículos y da lugar al artículo tercero, que determina que:

«Las banderas y enseñas reconocidas en los Estatutos de las Comunidades Autónomas podrán izarse en puertos nacionales y aguas interiores, pero siempre al mismo tiempo que el Pabellón nacional y con el tamaño que se determina en el artículo segundo».

Hasta aquí todo parece claro: Todos los buques españoles, sin excepción, enarbolarán la bandera nacional y, junto a ella, en puerto o aguas interiores, podrán izar la correspondiente bandera autonómica, que tendrá un tamaño nunca superior a un tercio del de la nacional. La cosa se complica al llegar al artículo cuarto, pues este establece que

«Los buques están obligados a izar el Pabellón nacional a la vista de buque de guerra o fortaleza, a las entradas y salidas de puertos, y, en estos, de sol a sol, en los días festivos y cuando así lo disponga la autoridad competente. Estarán igualmente obligados a izar el Pabellón nacional cuando así lo requiera la costumbre internacional o las disposiciones aplicables en espacios marítimos sometidos a jurisdicción extranjera».

De la confusa redacción del precepto podemos extraer alguna conclusión y plantear alguna duda. La primera conclusión es que los buques españoles no siempre están obligados a navegar arbolando la enseña nacional, ya que si están obligados a izarla en los supuestos enumerados, ha de suponerse que fuera de ellos no lo están. Indudablemente tienen la obligación de hacerlo ante buque de guerra y fortaleza, sin que el texto de la Orden determine que tales buques de guerra y fortalezas sean exclusivamente españoles, por lo que debe entenderse, y además es bastante lógico que así sea, que no

importa la nacionalidad que ostenten. En este punto resulta conveniente resaltar cual ha sido la forma tradicional y habitual de saludo entre buques mercantes y de guerra que se cruzan en la mar; la resolución comunicada 600/80001/88, de 14 de septiembre, del Almirante Jefe del Estado Mayor de la Armada, recoge un uso consolidado de ceremonial marítimo al respecto, consistente en que «*Los barcos mercantes saludan al paso de buques de guerra arriando su Bandera. Se les responde arriando momentáneamente la Bandera a media driza, izándola inmediatamente a tope, después de lo cual el mercante iza la suya. Hace tiempo los mercantes solían izar y arriar tres veces su Bandera*». En los tiempos que corren, podríamos darnos por contentos con que los buques civiles, se limitaran a cumplir con la obligación que les impone la vigente normativa: Mostrar la bandera ante un barco de guerra.

También resulta evidente la obligatoriedad de llevar izado el pabellón nacional a la entrada y salida de puerto, tanto si este es español como extranjero. El Real Decreto no especifica a que clase o tipo de puerto marítimo hace referencia, pero una interpretación lógica del precepto debe inclinarse por una acepción conceptual lo mas amplia posible, considerando a estos efectos como puerto, tanto a los nacionales como a los extranjeros, a los públicos como a los privados, a los de interés general, de gestión estatal o a los de gestión autonómica, bien sean de refugio, deportivos o a aquellos en los que se desarrolle cualquier tipo de actividad comercial o distinta de las puramente comerciales. Atendiendo al espíritu de la norma, el concepto de puerto debería extenderse mas allá de la definición académica del mismo, y creo que debería abarcar a todo tipo de instalación fija, flotante, en tierra o en la mar en la que el buque pueda atracar o afirmarse (plataformas, cargaderos de mineral, terminales de hidrocarburos, etc.). Así, resulta evidente la obligatoriedad de llevar izado el pabellón nacional a la entrada y salida de puerto; también deberán hacerlo cuando estén en movimiento, atracados o fondeados en el interior de cualquier puerto, independientemente de la nacionalidad de este, desde que sale el sol hasta que se pone. Con todo, la redacción del precepto no deja de ser desafortunada, y lo es, por varias razones: 1º) Por lo restrictivo que resulta el concepto «en puerto»; creemos que también debe hacerse extensiva la obligación de izar bandera, cuando fuera de puerto, el buque en cuestión se encuentre fondeado en espera de entrar al mismo, o fondeado, por la causa que fuere, en aguas territoriales de un determinado estado. 2º) Porque la expresión «de sol a sol», con relación a «en los días festivos», resulta reiterativa, a no ser que se entienda que en los días festivos la bandera permanecerá izada también durante la noche. 3º) Resulta impreciso el concepto «entradas y salidas de puertos», pues no queda delimitado con exactitud el punto geográfico concreto en que comienza o cesa tal obligación. 4º) Ya que la bandera debe permanecer izada desde la salida del sol hasta su puesta, la expresión «cuando así lo disponga la autoridad competente» parece referirse a la posibilidad que dicha autoridad tiene de ampliar o disminuir el período de tiempo en el que se enarbola la bandera.

El artículo cuarto hace referencia a la obligatoriedad de izar el pabellón nacional «*cuando así lo requiera la costumbre internacional*». Realmente el legislador se esmeró poco en este punto, pues hablar de costumbre internacional no es mas que hacer un brindis al sol, una declaración retórica intercalada en el texto del precepto, una frase hecha que suena bien, pero que, realmente, resulta vacía de contenido.

Por otra parte, no parece que quepa discusión sobre el sometimiento de los buques españoles, en puerto o aguas jurisdiccionales extranjeras, a las normas reguladoras del abanderamiento propias de cada estado ribereño, a «*las disposiciones aplicables en espacios marítimos sometidos a jurisdicción extranjera*», que pueden coincidir con la normativa española o diferir de ella, pero que, en cualquier caso, les son de obligado cumplimiento.

Llegados a este punto, del Real Decreto 2335/1980 podemos extraer alguna conclusión: 1º) Los buques civiles españoles, necesariamente arbolarán la bandera nacional a la vista de buque de guerra o fortaleza costera, cualquiera que sea su nacionalidad. 2º) Asimismo, lo harán a la entrada y salida de puerto, y en estos, desde que el sol sale hasta que se pone. 3º) Cuando así lo requiera la costumbre internacional; aunque, como ya se ha dicho, resulta un supuesto de excesiva imprecisión. 4º) Izarán el pabellón nacional en aguas jurisdiccionales extranjeras, cuando así lo disponga la legislación de ese estado. 5º) Navegando fuera de los supuestos anteriormente citados, los barcos civiles españoles podrán hacerlo sin bandera. A este respecto ha de señalarse que la justificación de esta práctica es que, como consecuencia de la propia navegación, y de las condiciones meteorológicas, la bandera tarda poco en deteriorarse, desfleándose e incluso pudiendo ser arrancada de su driza. Muchos pesqueros, para evitar la pérdida o deterioro del pabellón, colocan en el palo un rectángulo metálico en el que están pintados los colores nacionales. En cualquier caso, los modernos materiales con los que se confeccionan las banderas, cada vez más resistentes, impiden fundamentar en este argumento, la autorización de navegar sin bandera. 6º) Los buques civiles españoles solo podrán izar bandera de comunidades autónomas cuando esté también izada a popa o en el pico, la bandera nacional, y solo en puerto nacional o navegando en aguas interiores españolas; por tanto, fuera de aguas interiores, nunca podrán navegar arbolando la bandera autonómica, ni en solitario, ni aun estando izada la bandera nacional.

Creo que ha quedado suficientemente claro que el «Playa de Bakio», el «Alakrana» o cualquier otro pesquero español pueden navegar o faenar sin arbolar la bandera nacional, excepción hecha de los supuestos ya enumerados, sin que por ello deban ser considerados como apátridas o piratas, como incluso ha llegado a decirse. Pero, si fuera cierto que esos pesqueros arbolaban exclusivamente la enseña autonómica cuando fueron apresados por los piratas, estos incumplieron la vigente normativa, debiendo preguntarnos si esa conducta es acreedora de sanción penal o administrativa. Es este el siguiente punto que abordaremos.

INFRACCIONES

La Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, recoge en el capítulo III de su Título IV las infracciones administrativas previstas en el ámbito de la marina mercante, infracciones que tipifica en un largo catálogo y que clasifica como leves, graves y muy graves. El artículo 115 recoge las infracciones graves. En su número 3 contempla aquellas que lo son contra la ordenación del tráfico marítimo, y, concretamente, en su apartado a), las consistentes en

«El incumplimiento de las normas vigentes sobre el uso en los buques del pabellón nacional o contraseñas». Ha de tenerse en consideración que estas infracciones no son de aplicación exclusiva a buques considerados, estrictamente, como mercantes, sino que son extensivas a todos los buques civiles, en aplicación a lo dispuesto en los artículos 74 de dicha ley, que atribuye al Ministerio de Fomento las competencias de ordenación general de la navegación marítima y al 84, que arroja mas luz sobre este asunto, al determinar que *«corresponden al Ministerio de Fomento las (competencias) referentes al control de la situación del registro y del abanderamiento de todos los buques civiles españoles».*

El incumplimiento de las normas reguladoras del uso de la bandera de España en buques de pesca no reviste, por tanto, el carácter de infracción penal, pero sí administrativa. Y como toda infracción administrativa, lleva aparejada una sanción. La Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, las recoge en su artículo 120, estableciendo que las infracciones tipificadas en la Ley serán sancionadas con multa; el número 2 del mismo artículo se refiere a las sanciones por falta grave, especificando su apartado c) que a las infracciones contra la ordenación del tráfico marítimo, entre las que se encuentra la que ahora comentamos, con multa de hasta 20.000.000 de las antiguas pesetas, 120.000 de los actuales euros.

Infracción y sanción están perfectamente especificadas en nuestro ordenamiento jurídico, pero no parecen ser más que hologramas que se exhiben en el Museo Virtual del Derecho Español, porqué, en la práctica, no se aplican. La Jurisprudencia al respecto es inexistente. Obsérvese cualquier puerto pesquero vascongado y se advertirá, con sonrojo, la presencia masiva de la llamada «ikurriña» y la ausencia de la bandera de España en la casi, o sin casi, totalidad de los barcos allí amarrados. Debe ser que no resulta políticamente correcto imponer la Ley en estos casos. Pero lo sea o no, las autoridades y sus agentes tienen la inexorable obligación de velar por su cumplimiento, denunciando tales conductas a los competentes organismos del Ministerio de Fomento.

La discrecionalidad administrativa es grande para valorar estas conductas, pero no tanto como para exonerarlas de cualquier responsabilidad; quienes cometen una conducta administrativa ilícita deben ser sancionados. El incumplimiento de la normativa reguladora del abanderamiento de buques civiles, demasiado frecuente en determinadas flotas pesqueras, no parece que se justifique en el mero descuido, sino en el intencionado proceder de arbolar la enseña autonómica en solitario, desechando la utilización de la bandera nacional; esto es, en su desdoro. No es este un asunto baladí, pues no lo es el respeto debido a los símbolos nacionales, que exige el exacto cumplimiento de la Ley. Y el que la incumpla, con piratas de por medio, o sin ellos, que pague.

3. A VUELTAS CON LA CADUCIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS DISCIPLINARIOS MILITARES Y LA PRESCRIPCIÓN DE LAS INFRACCIONES DISCIPLINARIAS

*Francisco Javier Gómez Docampo
Capitán Auditor*

SUMARIO: I) Consideraciones generales. II) Referencia a la LO 12/2007 de 22 de octubre de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil (LORDGC 2007). 2.1 Introducción. 2.2 Tramitación Parlamentaria del Proyecto de Ley de Régimen Disciplinario de La Guardia Civil. 2.3 Cuestiones problemáticas que plantea la actual redacción de la Ley de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil en materia de prescripción y caducidad

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Tal y como ya expuse en su día¹ se trata de una cuestión discutida la naturaleza jurídica de la *caducidad* (o, según algún autor, *perención del procedimiento*) regulada en la Ley 30/92 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en especial tras la reforma operada en la misma por la Ley 4/99 de 13 de enero, toda vez que encontramos referencias a dicha institución jurídica en los arts 44.2, 87.1 y 92 de la citada LRJAP-PAC, en cuanto que una de las formas de finalizarse los procedimientos administrativos (especialmente los de carácter sancionador), si bien existe incluso alguna resolución judicial que considera que las instituciones de la *caducidad* citadas en los mencionados preceptos no son las mismas, sino que habría que diferenciar a su vez diferentes tipo de «caducidad»².

¹ «Caducidad y prescripción en los procedimientos disciplinarios militares: reflexiones en torno a la sentencia del Pleno de la sala 3ª, de lo contencioso-administrativo, del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2006» En REDM nº 88, julio-diciembre de 2006.

² En este sentido puede tenerse en cuenta por ejemplo la sentencia de la sección 3ª de la sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Galicia de 19 de julio de 2006 dictada en el recurso 7484/2002 en la que se afirma «*Confunde ciertamente la entidad recurrente el plazo para resolver -a computar desde el 9.03.2002 el cual finalizaría el 9 de septiembre de 2001- con el plazo para notificar la reso-*

lución dictada en este caso el 7-09-2001, por lo que la caducidad que pretende no se ha producido. En este particular se ha de matizar que la institución de la caducidad tiene su razón de ser en la previa fijación de un plazo, al que queda supeditada la actuación a que se refiere, en el que inicio y finalización de dicha actuación aparecen fatalmente unidas. La consecuencia jurídica de la inactividad durante dicho plazo es el decaimiento del derecho no accionado. En el supuesto que se examina queda expuesto ya como tal inactividad no se ha producido.

En segundo lugar, es cierto que el art. 87 de la Ley 30/1992 de 26 de diciembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, contempla la declaración de caducidad como causa de terminación del procedimiento administrativo, pero la inactividad subyacente que se predica de la Administración no es tal.

Esta caducidad es distinta a la caducidad prevista en el art. 43.4 de la Ley 30/92, inserta en el Título IV, de rúbrica de la actividad de las Administraciones Públicas, circunscrita a la obligación de resolver, y de forma más concreta al vencimiento del plazo para resolver, en relación con los Actos presuntos. Este precepto establece: cuando se trate de procedimientos iniciados de oficio no susceptibles de producir actos favorables para los ciudadanos, se entenderán caducados y se procederá al archivo de las actuaciones, a solicitud de cualquier interesado o de oficio por el propio órgano competente para dictar la resolución, en el plazo de treinta días desde el vencimiento del plazo en que debió ser dictada, excepto en los casos en que el procedimiento se hubiera paralizado por causa imputable al interesado, en los que se interrumpirá el cómputo del plazo para resolver el procedimiento.

Como se ha dicho, este precepto se refiere al incumplimiento por parte de la Administración del plazo para resolver, para dictar resolución expresa. No está previsto como causa de terminación del procedimiento, al que la Ley fija un plazo de duración, y concluye con una resolución expresa, cual es la declaración de caducidad, susceptible de los correspondientes recursos, sino que, en el supuesto del art. 43.4, la consecuencia de la caducidad del plazo para dictar resolución es el archivo de las actuaciones, que ha de ser solicitado por el interesado o acordado de oficio por la Administración.

CUARTO - En definitiva, se puede afirmar que mientras en la caducidad del procedimiento se pone término al mismo al dictarse la resolución expresa de declaración de caducidad, por el contrario, en la caducidad del plazo para dictar resolución expresa, no se produce terminación del procedimiento como consecuencia del archivo de las actuaciones, entrando en juego el régimen de los actos presuntos;. Procede traer a colación, en este sentido la doctrina jurisprudencial que declara que: «En el sistema que traza la vigente LPA el plazo de duración máxima de tal procedimiento-art. 6 por un lado-, y la caducidad-art. 99 -, por otro, son objeto de dos regímenes jurídicos rigurosamente diferenciados en los que los efectos de una y otra figura son muy distintos: A) Para el supuesto de que la resolución se dicte cuando ya se haya rebasado el plazo máximo de 6 meses, el art. 61.2 de la citada Ley ha previsto como consecuencia jurídica la de la responsabilidad disciplinaria del funcionario correspondiente: la resolución es, pues, válida aunque pueda desencadenar una responsabilidad. En consecuencia, el transcurso del plazo indicado sin que se haya dictado resolución no elimina el deber de dictarla ni siquiera cuando se hayan llegado a producir los efectos propios del silencio administrativo negativo, tal como dispone el art. 94.3 LPA: el supuesto de hecho que para el silencio dibuja el apartado 1 de dicho precepto implica necesariamente que hayan transcurrido los 6 meses sin resolución y sin embargo se mantiene el deber de dictarla, lo que significa, en primer lugar, que el procedimiento está vivo y no caducado -por ello hay que resolver- y, en segundo término, que la resolución extemporánea, debida, es válida. B) Por el contrario, el transcurso de los plazos propios de la caducidad -paralización inicial, advertencia de la Administración y nueva paralización, ahora 3 meses- da lugar a la extinción del procedimiento con eliminación por tanto del deber de resolver, por ello se archivan las actuaciones,-art.99.1 LPA-».(STS Sala 3ª, de 17 de octubre de 1991).

En consecuencia, aplicando este criterio reiterado de la Sala (así también en sentencia de 10 de diciembre de 1998 y de 9 de diciembre de 1999, recaídas respectivamente en los Recursos números 469/95 y 139/1997 y sentencia de 30 de marzo de 2000 recaída en el recurso 39/97), debe decaer la motivación de la caducidad del presente recurso»

En todo caso interesa indicar que esta sentencia del TSJ de Galicia fue casada por sentencia de la sección 4ª de la sala de lo contencioso-administrativo del TS de 10 de febrero de 2009 en la que después de hacer referencia al instituto de la caducidad, su regulación general en la LRJAP-PAC y su

En cualquier caso lo cierto es que, como mantuve en su momento, la regulación tanto de la LORDFAS de 1985, como la LORDGC de 1991 y la LORDFAS de 1998 no contemplaron de manera expresa el instituto de la *caducidad*, y por tanto no previeron la *caducidad de los procedimientos disciplinarios militares*, y de hecho puede afirmarse (si bien con ciertas matizaciones como en su día apunté y luego explicaré más detalladamente) que la regulación contenida en dichas normas legales era totalmente contraria a la posible caducidad de los procedimientos disciplinarios instruidos al personal militar, hasta el punto de que esta institución no se compadece ni se ajusta demasiado bien a la regulación que dichas normas establecen de los procedimientos disciplinarios, en especial en materia de prescripción y de duración de los procedimientos (de su *instrucción* en los términos empleados por dichas normas). Y así lo viene entendiendo de forma reiterada y constante la jurisprudencia de la Sala 5ª, de lo militar, del Tribunal Supremo, y como sentencias más recientes de las que tengo conocimiento podemos citar las de 17 y 18 de diciembre de 2009 (Ponente Pignatelli), 3 de febrero de 2010 (Ponente Calvo Cabello), 4 de febrero de 2010 (Ponente Menchén), 3 de marzo de 2010 (Ponente Menchén), 30 de marzo de 2010 (Ponente Menchén), 30 de marzo de 2010 (Ponente Calderón), que señalan (así concretamente la de 4 de febrero de 2010):

Y a tal efecto, el incumplimiento de dicho plazo no genera, bajo la Ley Orgánica 11/1991, la caducidad del Expediente, pues, como hemos declarado reiteradamente en nuestras Sentencias de 21 de febrero y 10 de abril de 2000, 14 de febrero y 24 de septiembre de 2001, 20 de mayo de 2002, 11 de febrero, 7 de abril, 27 de mayo y 3 de junio de 2003, 26 de enero, 12 de noviembre y 7 de diciembre de 2004, 27 de marzo y 3 de julio de 2006, 27 de diciembre de 2007, 3 de septiembre y 10 de noviembre de 2008 y 2 de abril, 4 de junio y 10 de julio de 2009, «es doctrina inconcusa de la Sala que el régimen disciplinario específico de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil, es ajeno a los efectos generales que se predicán de la caducidad de los expedientes y procedimientos sancionadores; y se reitera ahora que no resulta aplicable lo dispuesto en el art. 44.2 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (según reforma operada por Ley 4/1999, de 13 de enero) sobre archivo de las actuaciones con los efectos previstos en su art. 92. No es aplicable en función de la especificidad salvada expresamente por la dicha Ley 30/1992, en su Disposición Adicional 8ª y en su art. 127.3 «, añadiendo que «es doctrina de la Sala que el efecto que se sigue del agotamiento del plazo previsto para la tramitación y conclusión del Expediente, de seis meses en el presente caso, es el de volver a contarse el plazo de prescripción de la falta, entendido como volver a computarse de nuevo e íntegramente el plazo prescriptivo que corresponda, que en las faltas muy graves es de dos años, y ello desde que se cumplió el tiempo ordenado para la terminación del

aplicación al ámbito material (vino) en el que se había dictado el acto sancionador recurrido y en el que recayó la sentencia del TSJ de Galicia señala que el haber transcurrido el plazo máximo legalmente previsto para dictar y notificar la resolución sancionadora conlleva la obligación de la Administración de acordar la caducidad del procedimiento («expediente» se dice en este caso), con el consiguiente archivo de las actuaciones, y que la resolución sancionadora extemporánea por haberse excedido de dicho plazo debía ser anulada, declarándolo así en dicha sentencia del Alto Tribunal.

expediente; momento a partir del cual comienza a correr de nuevo el periodo de prescripción», de manera que, como dicen nuestras citadas Sentencias de 14 de febrero de 2001, 26 de enero y 7 de diciembre de 2004 y 3 de septiembre de 2008, y las de 26 de enero de 2007, 12 de diciembre de 2008 y 21 de abril, 4 de junio y 10 de julio de 2009, «las actuaciones practicadas en el Expediente no concluido tempestivamente son válidas y tienen eficacia cuando la Resolución sancionadora se dicte y notifique dentro del plazo de prescripción, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido el funcionario actuante por irregularidad en la tramitación».

Como dicen las Sentencias de esta Sala de 27 de diciembre de 2007, 17 de enero, 3 de septiembre y 12 de diciembre de 2008 y 21 de abril, 4 de junio y 10 de julio de 2009 «la superación del plazo legal de instrucción de los Expedientes de tal carácter no determina en el ámbito disciplinario militar efectos previstos en la normativa administrativa general para el cumplimiento del plazo de caducidad y no tiene otro efecto que la iniciación del cómputo del plazo para la prescripción de la falta que en el procedimiento se persiga» indicando que «el agotamiento del plazo previsto para la tramitación de las actuaciones disciplinarias militares... solo produce el citado efecto de volver a contarse el plazo de prescripción de la falta, habiendo puntualizado la Sala que ello ha de interpretarse en el sentido de que, a partir de la terminación del plazo de instrucción previsto como determinante de la caducidad, ha de volver a computarse de nuevo y en su integridad el plazo prescriptivo que corresponda».

De esta manera los procedimientos disciplinarios recogidos en la LORDFAS de 1998 (y los que traen causa de la LORDGC de 1991) resultan ajenos a la regulación que en materia de caducidad se contiene en la LRJAP-PAC, siendo uno de los pocos sectores en donde se sostiene la inaplicabilidad de la regulación que en materia de caducidad se establece en dicho texto legal, y todo ello a pesar de que ya el Pleno de la Sala 3ª, de lo contencioso-administrativo, del Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de febrero de 2006 consideró que la regulación de la LRJAP-PAC en materia de caducidad era aplicable al procedimiento disciplinario seguido contra jueces y magistrados regulado en la LOPJ, sentando la regla general de la aplicación de la regulación contenida sobre dicha materia en aquella norma a todos los procedimientos sancionadores, incluidos los procedimientos disciplinarios en que las AAPP ejerciten potestades sancionadoras contra el personal a su servicio (salvo que tengan una regulación legal específica en esta materia o cuya regulación excluya la aplicación de aquella), que era precisamente uno de los ámbitos que se habían considerado excluidos de la aplicación del instituto de la caducidad previsto en la LRJAP-PAC tras la modificación operada por la Ley 4/99 de 13 de enero. Esta doctrina del Pleno de la Sala 3ª del TS está ampliamente consolidada en la actualidad, y así, además de las sentencias más próximas en el tiempo a aquella en la que se fijó dicha doctrina y a las que hice mención en su día (21-3-2006, 27-3-2006, 25-9-2006) podemos citar, y como más recientes, las SSTS Sala 3ª, sección 7ª de 24-9-2008 (sobre un funcionario de instituciones penitenciarias), sección 7ª de 9-2-2009 (magistrado), sección 8ª de 8-6-2009 (magistrado), sección 8ª de 3-11-2009 (magistrado), sección 8ª de 16-11-

2009 (magistrado), sección 7ª de 21-12-2009 (médico forense), sección 4ª de 24-2-2010 (sobre la aplicación en general de la caducidad a todo tipo de procedimientos sancionadores), sección 8ª de 18-3-2010 (magistrado), en las que se recoge fundamentalmente la referencia a las sentencias del Pleno de la sala 3ª de 27 de febrero de 2006 y la de la sección 7ª de dicha sala 3ª de 27 de marzo de 2006. Interesa en todo caso recordar en este momento que, en general, en todas estas sentencias al reproducir el contenido de las sentencias anteriores se recoge una afirmación que resulta relevante en materia de procedimientos disciplinarios militares y sobre la que luego volveremos

La redacción dada al artículo 44.2 de la Ley 30/1992 por la Ley 4/1999, de 13 de enero, establece ya de manera indubitada que la caducidad opera en aquellos procedimientos «en que la Administración ejercite potestades sancionadoras». Y esta misma Sala ha venido ya a reconocer que los procedimientos sancionadores están sujetos a caducidad, si bien precisando, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 92.3 de la Ley 30/1992, que la declaración de caducidad del procedimiento no implica la prescripción ni impide el ulterior ejercicio del ius puniendi en un nuevo procedimiento (STS, Sala Tercera, Sección 5ª, de 12 de junio de 2003, casación en interés de Ley).

Como decimos a pesar de esta reiterada doctrina de las diversas secciones de la sala 3ª del TS (y que derivan del criterio fijado por el Pleno de dicha sala en la ya citada sentencia de 27 de febrero de 2006) es lo cierto que nuestra Sala 5ª, de lo militar, del TS sigue considerando que los procedimientos disciplinarios de la LORDFAS de 1998 (y los que traen causa de la LORDGC de 1991) no caducan y ello aludiendo a su especificidad, salvada en virtud del contenido de la DA 8ª de la LRJAP-PAC y del art 127.3 de dicho texto legal, y ello precisamente cuando la referencia a estos preceptos para justificar dicha especificidad de los diferentes regímenes disciplinarios de personal al servicio o vinculado con alguna Administración o Poder Público ha sido cuestionada precisamente por la sala 3ª del TS en las sentencias ya citadas. En todo caso es conveniente resaltar que pese a la doctrina constante y reiterada de la sala de lo militar del TS es lo cierto que los encartados en los procedimientos disciplinarios militares de la LORDFAS (como en su caso de la LORDGC de 1991) siguen alegando, tanto en la vía disciplinaria como en la vía judicial contencioso-disciplinaria, la caducidad de los procedimientos disciplinarios para conseguir bien que no se les imponga una sanción, bien para en el caso de que ésta les hubiera sido impuesta se proceda a su anulación, habiendo sido siempre hasta el momento rechazadas dichas pretensiones con base en la tantas veces citada doctrina de la sala de lo militar de nuestro Alto Tribunal.

En realidad, a mi juicio el problema reside en que la Sala 5ª del TS no justifica demasiado bien la inaplicabilidad a los procedimientos disciplinarios de las FAS (y de los derivados de la LORDGC de 1991) del instituto de la caducidad regulado en la citada LRJAP-PAC, y es que, para quien suscribe, la exclusión no debe venir tanto por el art 127.3 y la DA 8ª de dicha norma legal, sino porque, como ya dije en su día, la regulación de la caducidad contenida en la LRJAP-PAC se contradice y no parece conciliarse demasiado bien con la regulación de la LORDFAS de 1998 y la LORDGC de 1991, y prueba de ello serían:

- 1º) si bien tanto la LORDGC de 1991 como la LORDFAS de 1998 se tramitaron y entraron en vigor antes de la modificación de la Ley 30/92 por la Ley 4/99, en la que se ha establecido como regla general el instituto de la caducidad en todos los procedimientos sancionadores generales, es lo cierto que durante la tramitación parlamentaria de la LORDFAS de 1998 se tramitó la Ley 4/99, y puede decirse que el legislador disciplinario era consciente de la modificación que se preveía en la Ley 30/92 y la incidencia que en ella tendría la nueva regulación de la caducidad, y a pesar de ello el legislador disciplinario no quiso prever expresamente en la LORDFAS la caducidad de los procedimientos disciplinarios, ni, a nuestro juicio, su aplicación subsidiaria a través de la Ley 30/92, precisamente por la regulación que hizo de la prescripción y del único efecto que anudó al hecho del exceso en el plazo de tramitación de los procedimientos y de la doctrina que al efecto hasta ese momento había sentado la Sala 5ª del TS al referirse tanto a la LORDFAS de 1985 como a la LORDGC de 1991, además de que el instituto de la caducidad ya se encontraba previsto en otras normas y sin embargo no se previó expresamente en la LORDFAS de 1998.
- 2º) La afirmación y fundamento de la aplicación del instituto de la caducidad a los procedimientos disciplinarios a fin de evitar la pendencia indefinida del procedimiento, eliminando así la consiguiente inseguridad jurídica que ello implica puede ser rebatida si tenemos en cuenta que tanto la regulación de la LORDFAS de 1998 como la de la LORDGC de 1991 impiden esa pendencia indefinida desde el momento en que vencido el plazo de tramitación y resolución del procedimiento disciplinario se impone el reinicio del plazo de prescripción de la correspondiente infracción, por lo que una vez completado éste la infracción podría prescribir produciéndose una causa de extinción de la responsabilidad disciplinaria.
- 3º) Porque precisamente los plazos establecidos en la LORDFAS de 1998 y en la LORDGC de 1991 para la tramitación, resolución de los procedimientos disciplinarios y la, en su caso, notificación de la subsiguiente resolución sancionadora son demasiados exiguos para todos los trámites y actuaciones a realizar en dichos procedimientos (3 meses para los expedientes disciplinarios por falta grave y 6 para los expedientes gubernativos), y excesivamente reducidos en relación con otros procedimientos sancionadores o disciplinarios (así para el personal funcionario al servicio de la Administración se ha previsto un plazo de tramitación de 12 meses).
- 4º) que precisamente el específico y exclusivo efecto que anudan al exceso del plazo de tramitación del procedimiento es el reinicio del plazo de prescripción de la infracción, sin que hayan previsto ningún otro efecto o consecuencia de ese exceso. Esta regulación se opone además a lo previsto en el art 92.3 de la Ley 30/92, puesto que si efectivamente el procedimiento disciplinario militar caducara lo procedente no sería que se iniciara otra vez el plazo de prescripción de la infracción, y que quedó interrumpido desde que se notificó al encartado el inicio del expediente, y ello porque según la regulación de la Ley 30/92 en su art 92.3 los procedimientos caducados no interrumpen el plazo de prescripción, por lo que habría que entender que una vez caduca-

do un procedimiento, la interrupción de la prescripción que en su día produjo el procedimiento ahora caducado cuando se notificó su incoación al encartado, quedó sin efecto, y que por tanto si desde que ocurrieron los hechos ha transcurrido el plazo de prescripción de la correspondiente infracción ésta ha prescrito, por lo que no se trataría de que se iniciara de nuevo, una vez caducado el procedimiento, el plazo de prescripción, sino que éste no habría quedado interrumpido por el procedimiento caducado.

Esta última afirmación de contraposición entre la regulación de la LORDFAS de 1998 y la LORDGC de 1991 en materia de prescripción y el art 92.3 de la LRJAP-PAC realmente no existe si se reinterpreta el sentido de las expresiones «*volviendo a correr el cómputo del plazo* (de prescripción)» del art 22.2 LORDFAS, «*volviendo a correr el tiempo* (de prescripción)» del art 25.2 LORDFAS y «(plazos de prescripción) *que volverán a correr*» del art 68 LORDGC de 1991 de forma que se entendiera que ello no quiere decir que haya que computar de nuevo, desde el principio y en su totalidad, dicho plazo prescriptivo, sino que lo que tales preceptos quieren decir es que dicho plazo prescriptivo sólo quedó *suspendido* (cuando se notificó al encartado el inicio del expediente), y una vez concluido el plazo de tramitación legalmente establecido para el procedimiento lo que sucedería es que simplemente se *reanudaría* dicho plazo, es decir, que continuaría el cómputo del plazo ya iniciado en su día sin perderse por tanto el tiempo transcurrido, pero lo cierto es que ello choca frontalmente con la jurisprudencia reiterada de la sala 5ª del TS que es firme en el sentido de que «*a partir de la terminación del plazo de instrucción previsto como determinante de la caducidad, ha de volver a computarse de nuevo y en su integridad el plazo prescriptivo que corresponda*» porque la notificación al encartado del inicio del procedimiento disciplinario interrumpe el plazo de prescripción de la infracción transcurrido hasta ese momento, haciendo que se pierda irremisiblemente.

Pues bien a pesar de esta doctrina reiterada y constante de la Sala 5ª del TS interesa traer a colación el intento de cambiarla que se muestra en la sentencia de 12 de diciembre de 2008 (ponente Pignatelli) en la que precisamente el magistrado Pignatelli hizo un voto particular al que se adhirió el magistrado Calvo Cabello, con el siguiente contenido:

De acuerdo con los argumentos que, al momento de la deliberación del presente Recurso, expuse al Pleno de la Sala, reseño, a continuación, las razones que en tal acto traje a colación en orden a modificar la doctrina de la Sala en lo atinente al cómputo del plazo de prescripción de las faltas graves una vez agotado el plazo legal previsto para la tramitación del oportuno Expediente Disciplinario, sin que ello suponga, no obstante –como se deduce del hecho de no haber declinado la redacción de la Sentencia–, que no me conforme con la opinión al respecto y el consiguiente sentido del voto de la mayoría del Pleno. Expongo, a continuación, las razones de mi respetuosa discrepancia. Coincido con la mayoría del Pleno de la Sala en que la Sentencia recurrida ha aplicado correctamente la doctrina que, de manera inveterada –y desde su ya lejana Sentencia de 20 de noviembre de 1989, en relación a la Ley Orgánica 12/1985–, viene manteniendo esta Sala acerca, en concreto, de la interpretación del artículo 22.2 de la Ley Orgánica

8/1998, de 2 de diciembre, *Disciplinaria de las Fuerzas Armadas, en relación con el artículo 51.2 de dicha norma legal, en el sentido de que el efecto que se sigue del agotamiento del plazo máximo previsto para la tramitación y conclusión del procedimiento disciplinario (sean seis meses, en el caso del Expediente Gubernativo o tres meses en el del Expediente Disciplinario –artículos 64.1 y 51.2, respectivamente, de la Ley Orgánica 8/1998–) es el de volver a contarse el plazo de prescripción de la falta, entendido como volver a computarse, de nuevo e íntegramente, el plazo prescriptivo que corresponda, que en el caso de autos, y dado que estamos ante una falta grave, es, ex artículo 22.1 de la tan citada Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, de seis meses. Sentado lo anterior, en cuanto a la cuestión atinente a la interpretación de la frase «volviendo a correr el cómputo del plazo» que se contiene en el artículo 22.2 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, con relación a la prescripción de las faltas graves, dicha frase debe ser analizada, a mi juicio, en su significación gramatical en el contexto del entero apartado 2 del aludido artículo 22 en que se inserta, así como en su relación sistemática con la Ley Orgánica de que forma parte y en relación, asimismo, a la regulación que de la interrupción del cómputo de la prescripción lleva a cabo el Código Penal vigente. Y, a tal efecto, el meritado apartado 2 del artículo 22 afirma, de manera imperativa, en su inciso primero, en el que se contiene la primera de las dos oraciones que lo integran, que la prescripción «se interrumpirá» desde que el procedimiento sancionador se dirija contra el presunto responsable con conocimiento del mismo. El verbo transitivo «interrumpir» significa, inequívocamente, en lo que aquí pertenece, según el DRAE, «cortar la continuidad de una cosa en el tiempo», es decir, en este caso, dividir la continuidad en el tiempo de algo –el plazo de prescripción de seis meses fijado para las faltas graves en el apartado 1 del artículo 22–, separándolo en dos porciones o cantidades; en consecuencia, la interrupción de la prescripción ya ganada por razón del inicio del procedimiento sancionador no comporta, literalmente, ex inciso primero del artículo 22.2 tan aludido, la extinción de dicho tiempo de prescripción ya transcurrido hasta el momento de dicho inicio, sino la separación del lapso temporal ya transcurrido del resto del total del plazo prescriptivo que aún no se hubiere agotado al momento de ordenarse la incoación del Expediente Disciplinario. Producido el incumplimiento por la Administración de su deber de resolver tempestivamente el procedimiento sancionador en el plazo máximo de tres meses que para ello fija el apartado 2 del artículo 51 de la Ley Orgánica 8/1998, la oración «volviendo a correr» contenida en el segundo inciso del apartado 2 del aludido artículo 22 de dicha Ley Orgánica con referencia al «cómputo del plazo» de prescripción estipula, con dicción muy poco afortunada por su falta de claridad, y en relación al «cómputo del plazo» –de la prescripción–, que el cálculo o la cuenta del tiempo de prescripción se reanuda o continúa. La interpretación de esta frase «volviendo a correr» no es inequívoca, pues aboca a dudas y, por ende, a resultados hermenéuticos diversos, ya que puede entenderse o interpretarse en varios sentidos y dar ocasión a conclusiones distintas, dado que su significado convie-*

ne a cosas diferentes, lo que, desde luego no es propio ni deseable de las normas legales de contenido sancionador. Desde un punto de vista gramatical –y en su relación contextual con el verbo «interrumpir»– dicha frase significa, en relación al cómputo de la prescripción, que la misma retorne o regrese a fluir, pasar o transcurrir, es decir, que se reanude en el punto donde se había dejado al interrumpirse, reemprendiéndose o siguiéndose, desde ese punto, lo que en él había quedado suspendido o interrumpido. El sentido que, hasta ahora, se ha venido dando a la frase de mérito, y al que más arriba se ha hecho referencia –»volver a contarse el plazo de prescripción de la falta, entendido como volver a computarse de nuevo e íntegramente el plazo prescriptivo que corresponda», según la Sentencia del Pleno de esta Sala de 14 de febrero de 2001–, no es, desde luego, contrario al texto de la norma en que dicha confusa frase se inserta, pero sí resulta ciertamente ser el más perjudicial para el expedientado, que, una vez finalizado el plazo de tres meses legalmente previsto para la conclusión del Expediente Disciplinario, se encuentra, transcurrido dicho plazo sin que el procedimiento haya finalizado, con que ha perdido todo el tiempo de prescripción ganado o transcurrido desde el «dies a quo» –es decir, desde la fecha de perpetración del acto que dio lugar a la incoación del expediente por falta grave–, y debe reanudar, de nuevo, el transcurso, en su integridad, del plazo de seis meses previsto en el artículo 22.1 para lograr ganar la prescripción extintiva de su responsabilidad disciplinaria. Esta interpretación tan tenazmente seguida por la Sala ciertamente no violenta la dicción literal del apartado 2 del artículo 22 de la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas, pudiendo sostenerse que la frase «volviendo a correr el cómputo del plazo» de prescripción comporta que se inicia «ex novo» dicho cómputo, conllevando, de consuno, dicha iniciación así entendida la extinción del tiempo de prescripción que hasta ese momento hubiera ganado el expedientado, impidiendo y poniendo fin a la prescripción extintiva de su responsabilidad disciplinaria iniciada y no completada por razón del comienzo de la incoación del procedimiento disciplinario, de modo que aquella porción del fenómeno prescriptivo que ya se había producido hasta el momento de la interrupción del mismo por el inicio del procedimiento sancionador contra el presunto responsable y con conocimiento de éste, deviene ineficaz a tal fin, de manera que el plazo prescriptivo que pueda iniciarse de no concluirse tempestivamente en plazo de tres meses el Expediente Disciplinario –y notificada la resolución al sancionado– habrá de computarse desde el principio, debiendo, para ganar la prescripción, agotarse dicho plazo en su totalidad. En conclusión, se postula de esta forma la anulación del tiempo de prescripción previo a la aparición de la causa interruptiva determinada por el inicio del expediente, del que se hace «tabula rasa». Pero es igualmente cierto que, en su aspecto sistemático, esta interpretación conduce, de hecho –como hemos visto que acontece en el caso de autos–, a la prolongación más allá de lo debido del procedimiento sancionador, lo que, indubitadamente, desde una perspectiva finalista, contraviene, a mi entender, el objeto del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que no es otro, según el artículo 1 de la Ley Orgánica 8/1998, que

garantizar la observancia de la Constitución, de las Reales Ordenanzas y demás normas que rigen la Institución Militar, el cumplimiento de las órdenes del mando y el respeto al orden jerárquico, ya que, en tal sentido, la propia Exposición de Motivos de dicha Ley Orgánica señala, en su párrafo primero, que uno de los objetivos de las normas tuitivas –cual es la Ley Disciplinaria de que se trata– de la disciplina militar quebrantada ha sido, tradicionalmente, la «inmediata reparación [de la disciplina] a través del ejercicio de las potestades disciplinarias atribuidas a los mandos militares», es decir, el ejercicio inmediato, sin tardanza o al instante de la acción disciplinaria en pro del mantenimiento incólume de la disciplina, la jerarquía y la subordinación, de lo que resultan claros exponentes tanto el párrafo segundo del artículo 26 de la tan aludida Ley Orgánica 8/1998, en el que se consagra, a tales efectos del inmediato restablecimiento de la disciplina quebrantada, la facultad de «todo militar» de corregir a los de inferior empleo, como «acción inmediata para mantener la disciplina y la subordinación», cuanto, igualmente, el propio procedimiento disciplinario por falta leve previsto en los artículos 49 y 50 de la meritada Ley Orgánica –trasunto casi literal del que se establecía en los artículos 37 y 38 de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre–, caracterizado por las notas de inmediatez en el restablecimiento de la disciplina levemente quebrantada por la acción u omisión susceptible de calificación como falta disciplinaria leve y prontitud y rapidez en la tramitación procedimental y en la adopción de la respuesta sancionadora, notas que justifican las especificidades de dicho procedimiento. Esta necesaria celeridad en la investigación y eventual sanción de las conductas antidisciplinarias en el ámbito militar –que es uno de los más característicos particularismos especificantes del régimen disciplinario castrense– requiere, en pura lógica, prontitud, sin merma alguna de las debidas garantías, en la adopción de la resolución del oportuno procedimiento sancionador, lo que no parece coherente con una dilación de la tramitación de éste hasta extremos que resultan ser claramente contrarios no sólo al propio objeto del régimen disciplinario castrense sino también al derecho a la seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución –en el que, como señala la Sala Segunda de este Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de julio de 1998, tienen su asiento «todas las prescripciones que operan en todos los órdenes jurídicos... ante la necesidad de que el paso del tiempo consolide determinadas situaciones de hecho que no pueden permanecer de modo permanente en la incertidumbre»–, merced a una interpretación del apartado 2 del artículo 22 tan nombrado que –al abocar a que haya de computarse, de nuevo e íntegramente, el entero plazo de la prescripción a partir de la fecha en que el procedimiento debió terminarse– conduce, en mi opinión, a una solución teleológicamente contraria a la que, en el frontispicio de la vigente Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas, se propone como eficaz remedio a la disciplina quebrantada, que no es otra, cual se ha dicho, que su «inmediata reparación a través del ejercicio de las potestades disciplinarias atribuidas a los mandos militares». Con la interpretación que se viene sosteniendo de la ambigua frase «volviendo a correr el cómputo del

plazo» de prescripción, pierde éste último la fijeza que le confiere el ordenamiento jurídico y se producen, de facto, en razón del defectuoso tratamiento legal que se da a este esencial extremo del régimen disciplinario, los «perjuicios para la propia disciplina» a que el legislador disciplinario de 1998 hace mención en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/1998, pues en casos, como el que nos ocupa, de faltas graves, la prescripción legal de seis meses de éstas puede llegar a extenderse, por mor de tal interpretación, hasta casi quince meses, lo que, desde luego, no se compadece con ese objeto que constituye una de las más características peculiaridades del Régimen Disciplinario Militar, que es la satisfacción o arreglo de la disciplina conculcada de manera inmediata, seguida o próxima en el tiempo al acto que comporte la quiebra de la misma. Como ya se ha dicho, en el caso de autos los hechos sancionados se cometieron el 3 de enero de 2006 –«dies a quo»– y la orden de incoación del Expediente Disciplinario núm.NUM000es de 7 de abril siguiente, siendo notificada al encartado el 27 de abril de 2007, es decir, que la interrupción del plazo prescriptivo se produjo cuando ya se habían consumido tres meses y catorce días del mismo; la resolución sancionadora se adoptó por el Excmo. Sr. Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire el 29 de diciembre de 2006, habiéndose invertido ocho meses y veintidós días en la tramitación del procedimiento disciplinario, notificándose tal resolución al hoy recurrente el 4 de enero de 2007, es decir, tres días antes de que volviera a correr otra vez, en su integridad, contado de nuevo desde el 7 de julio de 2006 –fecha en que, transcurridos tres meses desde la de la orden de incoación del Expediente, debió concluirse el mismo–, el plazo fijado para la prescripción de las faltas graves en el apartado 1 del artículo 22 de la Ley de Régimen Disciplinario de los Ejércitos; en conclusión, la resolución sancionadora se notificó más de un año después de la fecha de ocurrencia de los hechos sancionados, sin que la autoridad que la adoptó pusiera especial empeño para acordar la incoación del procedimiento disciplinario y –no obstante la escasa complicación que los hechos castigados presentaban para su depuración– para tramitarlo con la exigible celeridad y para adoptar y notificar la resolución recaída en el mismo. En definitiva, entiendo que no resulta ajustado al objeto de la Ley Orgánica 8/1998 que mediante aquélla interpretación de la frase «volviendo a correr el cómputo del plazo» se quiebre el primordial y específico objeto del régimen disciplinario marcial, que no es otro que dar inmediata y eficaz respuesta a los quebrantamientos de la disciplina, dando así lugar a la ilógica consecuencia de que el incumplimiento por la Administración de su deber de resolver tempestivamente un procedimiento sancionador lleve aparejado que ésta obtenga, como resultado de su falta de celo en el ejercicio de las facultades que, para el esencial mantenimiento y conservación de la disciplina en el seno de las Fuerzas Armadas, se le otorgan por el legislador, el favorabilísimo efecto de que se inicie un nuevo cómputo de todo el tiempo del plazo de prescripción legalmente fijado a las faltas graves, y al encartado, por el contrario, la aflictiva resulta de que pierda irremediamente todo el tiempo transcurrido hasta que la orden de incoación del Expediente Disciplina-

rio interrumpió el cómputo de aquél plazo de prescripción. Finalmente, la interpretación de la frase «volviendo a correr el cómputo del plazo» empleada en el artículo 22.2 de la Ley Orgánica 8/1998 –que, por otra parte, ha sido la que tradicionalmente ha merecido a esta Sala el artículo 68.3 de la Ley Orgánica 11/1991, cuya redacción era sustancialmente idéntica, en lo que atañe al cómputo del plazo de prescripción, a la de aquél– viene a coincidir con lo que establece el artículo 132.2 del vigente Código Penal, cuya redacción reza que «la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, comenzando a correr de nuevo el término de la prescripción desde que se paralice el procedimiento o se termine sin condena». En efecto, el tenor literal del primer inciso del apartado 2 del artículo 132 citado pone claramente de relieve que, producido el imprescindible y necesario «acto de intermediación judicial» o «acto de interposición judicial o dirección de la investigación con respecto a determinadas personas» a que se refieren las Sentencias del Tribunal Constitucional 63/2005 y de la Sala Segunda de este Tribunal Supremo 331/2006, de 24 de marzo, se considera interrumpido el plazo de prescripción del delito de que se trate, «quedando sin efecto el tiempo transcurrido» hasta el momento de interrupción, por tal causa, de la prescripción. Esta dicción literal del precepto penal –de una claridad meridiana–, según la Sentencia de la Sala Segunda de este Tribunal Supremo 95/1997, de 27 de enero– es obvio que no ha sido seguida por el legislador disciplinario de las Fuerzas Armadas de 1998 ni por el de la Guardia Civil de 2007 –ya vigente, en ambos casos, el Código Penal de 1995– en los artículos 22.2 y 21.3 de las respectivas Leyes Orgánicas 8/1998 y 12/2007 –según el último de los cuales, los plazos de prescripción establecidos en el apartado 1 del mismo «volverán a correr de no haberse concluido en el tiempo máximo establecido en esta Ley» el procedimiento disciplinario–, pudiendo haberlo hecho, lo que, a mi juicio, no trasluce, en ambos casos, sino el propósito de entender que el tiempo de prescripción transcurrido hasta el momento de la incoación del procedimiento disciplinario no queda agotado, es decir, sin efecto, sino que la utilización de la locución «se interrumpirá», omitiendo el empleo de una frase idéntica o similar a la que a continuación figura desde 1995 en el vigente Código Penal –«quedando sin efecto el tiempo transcurrido»– implica que el legislador disciplinario ha querido continuar utilizando la frase «volviendo a correr» del párrafo segundo del artículo 114 del Código Penal de 1973 –que estipulaba que «esta prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento se dirija contra el culpable, volviendo a correr de nuevo el tiempo de la prescripción desde que aquél termine sin ser condenado o se paralice el procedimiento»–, que, según la Sentencia de esta Sala de 20 de noviembre de 1989 ya citada, se empleaban en el artículo 65 de la Ley Disciplinaria Militar 12/1985 siendo «de igual significado al utilizado por el Código Penal en su art. 114»; si esta última era la dicción que siguió el legislador disciplinario en el artículo 65 de la Ley Orgánica 12/1985 –común, hasta 1991, a las Fuerzas Armadas y a la Guardia Civil– y la que, no obstante la modificación introducida por el artículo 132.2 del

Código Penal de 1995 a fin de evitar las dificultades interpretativas que producía el texto del párrafo segundo del artículo 114 del Código Penal de 1973, continuó utilizando el legislador disciplinario de 1998 y 2007, absteniéndose, a diferencia del legislador penal de 1995, de introducir una frase –«quedando sin efecto el tiempo transcurrido»– que pusiera término a la ambigüedad interpretativa que la anterior propicia, entiendo que ello debe interpretarse en el sentido de que lo que ha pretendido manteniendo esta dicción –y no siguiendo miméticamente, como en 1985, la redacción del Código Penal– es, precisamente, la de separarse de aquella postura que adoptó al respecto el legislador penal de 1995, de manera que el tiempo de prescripción transcurrido hasta la incoación del expediente sancionador no quede sin efecto. En definitiva, considero que la doctrina de la Sala debería evolucionar –no siendo tampoco de desdeñar a tal efecto la circunstancia del enorme progreso experimentado desde 1985 e incluso desde 1998 en los medios telemáticos, de comunicación, etc., de que dispone la Administración–, entendiéndolo que la circunstancia de que el procedimiento disciplinario se dirija contra el presunto responsable con su conocimiento corta o interrumpe, en los términos que quedaron señalados, la continuidad del plazo de prescripción, pero sin que ello lleve aparejado que quede sin efecto para el cómputo del plazo prescriptorio el lapso o porción de tiempo transcurrido entre el «dies a quo» y la notificación al encartado de la orden de incoación del expediente sancionador, que no queda extinguido por éste hecho, de manera que, una vez transcurrido el plazo fijado legalmente para la instrucción del procedimiento sin que éste haya finalizado, será a partir de aquella porción del plazo de prescripción ya ganada desde la que continúe, de nuevo, corriendo o computándose éste, uniéndose o sumando a aquella el tiempo del mismo que se gane después de la reanudación de su cómputo.

Lo cierto es que no me consta que con posterioridad a esta sentencia se hayan producido otros votos particulares en el mismo sentido y así sigue siendo constante la doctrina de la sala 5ª del TS en el sentido de que interrumpido el plazo de prescripción de la infracción dicho plazo se pierde irremisiblemente y procede reiniciarlo de nuevo y en su totalidad. En este sentido, y aún cuando la doctrina de ambos magistrados es muy sugerente creo que se opone, de un lado, a los caracteres que, con carácter general, se consideran aplicables a los plazos de prescripción en nuestro derecho, en el sentido de que la prescripción se «interrumpe» y no se «suspende», y que interrumpida la prescripción el tiempo transcurrido se considera perdido totalmente y tiene que volver a transcurrir de nuevo y desde el principio en su totalidad; y de otro que la regulación contenida en materia de interrupción de la prescripción con carácter general y de aplicación supletoria en todos los procedimientos en la LRJAP-PAC (art 132.2) aunque pudiera dar lugar a pensar en una «suspensión» (2. *El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviera paralizado durante más de un mes por causa no imputable al presunto responsable*) contempla realmente una

«interrupción», y así lo han señalado, entre otras, las sentencias de la sección 2ª de la sala de lo contencioso-administrativo (sede en Granada) del TSJ de Andalucía de 7 de octubre de 2002³ y la sala de lo contencioso-administrativo del TSJ Navarra de 26 de julio de 2002^{4 5}.

II. REFERENCIA A LA LO 12/2007 DE 22 DE OCTUBRE DE RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LA GUARDIA CIVIL (LORDGC 2007)

³ En ella se afirma «El plazo de prescripción es de seis meses y se computa a partir de la fecha de comisión de la infracción, para la cual la actora admite la fecha de la denuncia (25 de octubre de 1995). Se interrumpió por la iniciación del procedimiento sancionador por resolución de 18 de enero de 1996 notificada a la actora el día 23 de febrero de 1996, y desde entonces el procedimiento se tramitó sin interrupciones superiores al plazo de seis meses, precedidas de un interrupción de otro mes, que establece el art. 132, 2º de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, en adelante LPAC. La tesis de la actora de sumar los plazos de prescripción transcurridos antes de la iniciación del procedimiento sancionador y durante el transcurso del mismo, para consumir el plazo de prescripción, no es admisible ya que según la interpretación otorgada al art. 132, 2º de la LPAC, la reanudación del plazo de prescripción a que alude este precepto es del plazo íntegro, y no la reanudación del cómputo de otro plazo de prescripción anterior que hubiere sido interrumpido. Así se deduce no solo la interpretación del tenor del art. 132, sino la configuración general del instituto de la prescripción en el Derecho Español y en especial en el Penal, con el cual comparte principios del Derecho Administrativo Sancionador (art. 132.2º del Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995 y art. 116 del anterior Código Penal)».

⁴ Esta sentencia señala que «La expresión que el emplea el art. 132.2 párrafo segundo de citada Ley 30/92 «reanudándose el plazo», no puede ser entendida sino como reinicio del cómputo del plazo cuando paralizado el expediente sancionador, éste se interrumpe; (eso si, con conocimiento del sujeto pasivo). La expresión «reanudándose» podrá ser más o menos afortunada, pero no cabe duda alguna que el legislador para nada ha querido modificar en este ámbito el Instituto de la Prescripción. Veamos que nos encontramos en el campo del Derecho Administrativo Sancionador que participa y/o le son aplicables los principios del Derecho Penal (ámbito éste en los que no existe duda alguna al respecto) y así, en la exposición de motivos de esta Ley 30/92 se nos dice en su Apartado 14: «El título IX regula los principios básicos a que debe someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y los correspondientes derechos que de tales principios se derivan para los ciudadanos, extraídos del texto constitucional y de la ya consolidada jurisprudencia sobre la materia. Efectivamente, la Constitución en su art. 25 trata conjuntamente los ilícitos penales y administrativos, poniendo de manifiesto la voluntad de que ambos se sujeten a principios de básica identidad».

⁵ Por lo demás la expresión «volviendo a correr» que emplean la LORDFAS y la LORDGC de 1991 (e igualmente la de la LORDGC de 2007) a la hora de señalar el reinicio del cómputo del plazo de prescripción tras la interrupción producida por la notificación al interesado del inicio del procedimiento sancionador se encuentra igualmente en la LOPJ para el régimen disciplinario de jueces y magistrados (art 416.3) y era entendida (antes de entender aplicable a los procedimientos disciplinarios judiciales el instituto de la caducidad) en el sentido ya citado; e igualmente se utiliza en el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado (art 20.2) aprobado por Real Decreto 33/1986 de 10 de enero, y las resoluciones judiciales recaída sobre el mismo consideraron igualmente que una vez interrumpido dicho plazo prescriptivo por la notificación del inicio del procedimiento sancionador dicho plazo se entendía perdido irremisiblemente y había que iniciarse de nuevo desde el principio y en su totalidad, y así por ejemplo sentencias de la sala de lo contencioso-administrativo del TSJ Comunidad Valenciana de 20 de noviembre de 1999, y así parece haberlo entendido la sección 7ª de la sala de lo contencioso-administrativo del TSJ Madrid de 9 de junio de 2001 y 29 de octubre de 2003.

2.1. Introducción

Como una de las novedades de la vigente LORDGC de 2007 podemos referirnos a la regulación, en un precepto específico (el art 65), de la *caducidad* que la Ley denomina del *expediente*, por lo que podemos hacer una somera referencia a la regulación de dicha *caducidad* y de la regulación de la *prescripción de las faltas o infracciones*.

Comenzando por esta última, regulada en el art 21 podemos señalar que, por un lado, se produce la ampliación de los plazos de prescripción de las infracciones en relación con la anterior LORDGC de 1991 y la LORDFAS de 1998

1. *Las faltas muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses.*
2. *El plazo de prescripción comenzará a contarse desde que la falta se hubiese cometido. Si el procedimiento se iniciase por cualquiera de las faltas disciplinarias derivadas de condena por sentencia penal, la prescripción comenzará a computarse desde que la sentencia sea firme, y, en todo caso, desde la fecha en que se acuerde el archivo de la ejecutoria penal.*
3. *La notificación al interesado del acuerdo de inicio de cualquier procedimiento disciplinario interrumpirá los plazos de prescripción establecidos en el apartado primero de este artículo, que volverán a correr de no haberse concluido en el tiempo máximo establecido en esta Ley.*
4. *Los plazos de prescripción de las faltas graves y muy graves quedarán interrumpidos cuando cualquiera de los hechos integrantes de esas faltas o vinculados con ellos sean objeto de procedimiento judicial penal. Estos plazos volverán a correr cuando se adopte resolución firme por el órgano judicial competente.*

Para el procedimiento por faltas leves, que ahora se prevé que se realice por escrito, y que se regula en el Capítulo II del Título IV de la Ley (comprendido de los arts 50 y 51) señala el art 50.6 que *la tramitación del procedimiento deberá completarse dentro del plazo de dos meses desde el acuerdo de inicio*, mientras que para los procedimientos graves y muy graves, regulados en el Capítulo III del Título III de la Ley (arts 52 a 65) el art 55 rubricado «plazos de instrucción» señala que *El procedimiento respetará los plazos establecidos, sin que la instrucción del expediente pueda exceder de seis meses*. Finalmente el art 65 de dicho texto legal rubricado precisamente «caducidad» señala que

1. *La resolución a la que se refiere el artículo 63 de esta Ley y su notificación al interesado, deberá producirse en un plazo que no excederá de seis meses desde la fecha del acuerdo de incoación del expediente. Transcurrido este plazo se producirá la caducidad del expediente.*
2. *Este plazo se podrá suspender por un tiempo máximo de seis meses, por acuerdo del Director General de la Policía y de la Guardia Civil, a propuesta del instructor, en los siguientes casos:*
 - a) *Cuando deban realizarse pruebas técnicas o análisis contradictorios o dirimentes propuestos por los interesados.*

- b) *Cuando deban aportarse documentos y otros elementos de juicio necesarios y por su volumen o complejidad no puedan realizarse razonablemente en los plazos establecidos. Si la aportación de dichos documentos o elementos de juicio ha de realizarse por los interesados, la suspensión requerirá la previa solicitud motivada y el acuerdo que la autorice deberá expresar el plazo de suspensión del procedimiento a estos efectos.*
- c) *Cuando deban solicitarse informes preceptivos o que sean determinantes del contenido de la resolución a órganos de la Administración General del Estado o de otras Administraciones Públicas.*

Obviamente no podemos referirnos a todas las cuestiones que se plantean sobre la caducidad y la prescripción en la nueva LORDGC 2007 ni todos los problemas que pueden surgir, por lo que nos limitaremos a algunas consideraciones concretas sobre el tema, y para ello puede ser interesante tener en cuenta la regulación que sobre estas materias se contenía en el Proyecto de Ley remitido a las Cortes y las modificaciones sufridas por el mismo durante su tramitación parlamentaria.

2.2. Tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil

El Proyecto de Ley de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil tenía en materia de prescripción y caducidad una regulación parcialmente distinta de la que finalmente ha sido aprobada por nuestras asambleas legislativas, y así:

El Artículo 21 del Proyecto de Ley, rubricado «prescripción de las faltas» disponía lo siguiente:

1. *Las faltas muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses.*
2. *El plazo de prescripción comenzará a contarse desde que la falta se hubiese cometido. Si el procedimiento se iniciase por cualquiera de las faltas disciplinarias derivadas de condena por sentencia penal, la prescripción comenzará a computarse desde que la Administración hubiese tenido conocimiento de la resolución judicial firme y, en todo caso, desde la fecha en que se acuerde el archivo de la ejecutoria penal.*
3. *La notificación al interesado del acuerdo de inicio de cualquier procedimiento disciplinario interrumpirá los plazos de prescripción establecidos en el apartado primero de este artículo, que volverán a correr de no haberse concluido en el tiempo máximo establecido en esta Ley.*
4. *Los plazos de prescripción de las faltas graves y muy graves quedarán interrumpidos cuando cualquiera de los hechos integrantes de esas faltas o vinculados con ellos sean objeto de procedimiento judicial penal. Estos plazos volverán a correr cuando se adopte resolución firme por el órgano judicial competente.*

A su vez el Capítulo II del Título IV (procedimiento sancionador), regulaba el procedimiento por falta leve comprensivo de los arts 50 y 51 del proyecto, con el siguiente contenido

Artículo 50. Inicio y tramitación.

- 1. El acuerdo por el que se inicie el procedimiento, se notificará al interesado, quien, en los cinco días siguientes, podrá presentar un escrito de oposición, proponer las pruebas que considere necesarias para su defensa y acompañar los documentos que tenga por conveniente.*
- 2. El acuerdo de inicio deberá indicar expresamente los derechos que asisten al interesado, advirtiéndole de que, si no formula oposición o no propone la práctica de prueba, podrá resolverse el expediente sin más trámite.*
- 3. Si el interesado hubiera propuesto prueba, la autoridad o mando competente dictará resolución motivada sobre su procedencia, disponiendo lo necesario para su práctica. Cuando el inicio lo hubiera dispuesto alguna de las autoridades citadas en los artículos 28, 29 ó 30 de esta Ley, podrá encomendar su realización, en la misma resolución, a un subordinado, siempre que tenga, al menos, el empleo de Oficial.
El Oficial designado practicará las diligencias que hubieran sido admitidas para la comprobación de los hechos, recabando las declaraciones, informes y documentos pertinentes y las que se deduzcan de aquéllas.*
- 4. De la prueba practicada y de las demás actuaciones que conformen el procedimiento, se dará vista al interesado para que, en el plazo de cinco días, pueda formular las alegaciones que a su derecho convengan.*
- 5. La resolución que se adopte en materia de prueba se notificará al interesado. Frente a dicha resolución no cabrá recurso alguno sin perjuicio de que se pueda hacer valer la denegación indebida de medios de prueba en el recurso que proceda frente a la resolución del expediente.*
- 6. La tramitación del procedimiento deberá completarse dentro del plazo de dos meses desde el acuerdo de inicio.*

Artículo 51. Terminación.

La resolución que ponga fin al procedimiento habrá de dictarse conforme a lo previsto en el artículo 47 de esta Ley

Finalmente el Capítulo III del mencionado Título IV del Proyecto de Ley, rubricado «procedimiento por faltas graves y muy graves», contenía un art 55 referente a plazos de instrucción que señalaba que El procedimiento respetará los plazos establecidos, sin que la instrucción del expediente pueda exceder de seis meses, así como el art 65 rubricado precisamente «caducidad» que disponía inicialmente que:

- 1. La resolución a la que se refiere el artículo 63 de esta Ley y su notificación al interesado, deberá producirse en un plazo que no excederá de doce meses desde la fecha del acuerdo de incoación del expediente.*
- 2. Este plazo se podrá suspender por el tiempo necesario para la práctica de pruebas o la evacuación de informes preceptivos, por acuerdo del Director*

General de la Policía y de la Guardia Civil, a propuesta del instructor, en los siguientes casos:

- a) *Cuando deban realizarse pruebas técnicas o análisis contradictorios o dirimientes propuestos por los interesados.*
- b) *Cuando deban aportarse documentos y otros elementos de juicio necesarios y por su volumen o complejidad no puedan realizarse razonablemente en los plazos establecidos. Si la aportación de dichos documentos o elementos de juicio ha de realizarse por los interesados, la suspensión requerirá la previa solicitud motivada y el acuerdo que la autorice deberá expresar el plazo de suspensión del procedimiento a estos efectos.*
- c) *Cuando deban solicitarse informes preceptivos o que sean determinantes del contenido de la resolución a órganos de la Administración General del Estado o de otras Administraciones Públicas.*

Pues bien respecto de la redacción inicial de los mencionados preceptos del Proyecto de Ley remitido por el Gobierno a tramitación parlamentaria y sobre las materias indicadas se presentaron diversas enmiendas tanto inicialmente en el Congreso de los Diputados como posteriormente en el Senado, excepto respecto del art 55 referente al plazo de instrucción de los expedientes por faltas graves y muy graves, que no sufrió enmienda alguna y que finalmente resultó aprobado con el mismo texto inicial que en el proyecto de ley.

En cuanto a las enmiendas presentadas podemos indicar que en el Congreso de los Diputados se presentaron las siguientes:

- Por lo que se refiere al art 21 del Proyecto, referente, como ya hemos dicho, a la prescripción de las faltas, se presentaron dos enmiendas de modificación, concretamente las enmiendas nº 165 y 166, ambas del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso. La primera de las citadas enmiendas proponía modificar el texto del apartado 1 del art 21, sustituyéndolo por el siguiente *«las faltas muy graves prescribirán a los dos años, las graves a los seis meses y las leves a los dos meses»*, exponiendo como justificación de la modificación propuesta el que *los plazos de prescripción se alargan en el proyecto de ley injustificadamente*. Por lo que se refiere a la segunda de las enmiendas mencionadas (la 166) proponía modificar el texto del apartado 2 del art 21 del proyecto, si bien no nos afecta para lo que es el objeto de nuestro estudio.
- El art 50 del Proyecto referente al procedimiento por falta leve también fue objeto de varias enmiendas (concretamente las nº 72, 105, 106 y 218) referente a diversos aspectos relativos al procedimiento por falta leve, su tramitación y actuaciones a realizar, pero sin alterar por tanto el contenido del apartado 6 del proyecto sobre la duración de la tramitación del procedimiento por falta leve.
- Finalmente y por lo que respecta al art 65 del proyecto sobre caducidad debe indicarse que fue objeto de 6 enmiendas (18, 21, 79, 80, 223 y 224). La enmienda nº 21 fue presentada por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) y proponía modificar el apartado 1 del art 65 por otro con el siguiente tenor *“La resolución a la que se refiere el artículo 63 de esta Ley y su notificación*

al interesado, deberá producirse en un plazo que no excederá de doce meses desde la fecha del acuerdo de incoación del expediente. Transcurrido este plazo se producirá la caducidad del expediente», señalándose como justificación de la enmienda el que *se pretende completar la redacción del artículo ya que en la actual el efecto del transcurso del plazo máximo de resolución del expediente se desprende del enunciado del artículo pero no de su contenido.* Por su parte la enmienda nº 79, presentada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds proponía modificar el apartado 1 del art 65 sustituyéndolo por otro en el que se indicara que *«La resolución a la que se refiere el artículo 63 de esta Ley y su notificación al interesado, deberá producirse en un plazo que no excederá de seis meses desde la fecha del acuerdo de incoación del expediente»,* señalándose como justificación de la modificación propuesta que ***parece un plazo excesivamente amplio el plazo propuesto de doce meses***⁶. La enmienda nº 223, presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana (ERC) proponía modificar el apartado 1 del art 65 del proyecto sustituyéndolo por otro con el siguiente contenido *«La resolución a la que se refiere el artículo 63 de esta Ley y su notificación al interesado deberá producirse en un plazo que no excederá de seis meses desde la fecha del acuerdo de incoación del expediente»,* indicándose como justificación que ***parece un plazo excesivamente amplio el plazo propuesto de doce meses***, de manera que en su contenido y justificación coincidían las enmiendas 79 y 223. El resto de las enmiendas mencionadas (18, 80 y 224) se referían a la modificación del apartado 2 del art 65 sobre las causas de suspensión del plazo de caducidad del procedimiento y dirigidas precisamente a reducirlo en general a un plazo de 6 meses, que es el que finalmente fue aprobado, al considerar que no era justificado y atentaba a la seguridad jurídica que el plazo de caducidad pudiera estar suspendido sine die o por un plazo que se consideraba a todas luces excesivo (12 meses).

El informe de la Ponencia adoptó por mayoría introducir algunas de las enmiendas mencionadas en el art 65 del proyecto de ley relativo a la caducidad, y así, además de modificar el apartado 2 del proyecto para reducir, como se dijo, el plazo máximo de suspensión del procedimiento hasta el límite de 6 meses, en el apartado 1 se incorpora nueva redacción que proviene de enmienda transaccional socialista, basada en las núms. 21 del Grupo Parlamentario GV (EAJ-PNV), 79 del Grupo Parlamentario GIU-ICV y 223 del Grupo Parlamentario GER-ERC, que fija en 6 meses como máximo el plazo de la notificación, con sanción de caducidad por exceso del plazo, y así el apartado 1 del art 65 quedó redactado de la siguiente forma *«La resolución a la que se refiere el artículo 63 de esta Ley y su notificación al interesado, deberá producirse*

⁶ Esta justificación si bien puedo entenderla e incluso compartirla en parte no me parece demasiado coherente con el hecho de que en otros ámbitos o sectores (incluso disciplinarios) se haya fijado un plazo de tramitación sensiblemente superior al que actualmente se fija en la LORDGC 2007, y todo ello teniendo en cuenta que en general los trámites procedimentales son análogos o similares a los previstos para los procedimientos disciplinarios militares, e incluso en ocasiones hasta menos complicados, y en este sentido resulta paradójico que para el procedimiento disciplinarios contra funcionarios públicos el plazo de tramitación del procedimiento se ha fijado en 12 meses (así Anexo I de la DA 29ª de la Ley 14/2000 de 29 de diciembre, modificado por la Ley 24/2001 de 27 de diciembre).

en un plazo que no excederá de seis meses desde la fecha del acuerdo de incoación del expediente. Transcurrido este plazo se producirá la caducidad del expediente», que como puede observarse es el texto que finalmente fue aprobado tras la tramitación parlamentaria.

El resto de enmiendas relativas a los preceptos y aspectos que nos interesan al objeto del presente estudio no llegaron a prosperar en el Congreso de los Diputados.

En el Senado se presentaron las siguientes enmiendas:

- El Artículo 21 del Proyecto remitido al Senado fue objeto de dos enmiendas. La primera de ellas, la enmienda nº 32 fue presentada por el GP Popular, mientras que la número 188 fue presentada por el GP Catalán en el Senado de *Convergència i Unió*. La primera de las enmiendas citadas (la nº 32), proponía modificar el apartado 1 del art 21 relativo a la prescripción de las faltas para que quedara redactado de la siguiente forma: *Las faltas muy graves prescribirán a los dos años, las graves a los seis meses y las leves a los dos meses*, señalándose como justificación de la enmienda el que *los plazos de prescripción se alargan en el proyecto de ley injustificadamente*. Por lo que se refiere a la segunda de las enmiendas citadas (la nº 188) proponía igualmente una modificación del apartado 1 de dicho art 21 en el mismo sentido que la enmienda anterior, señalando como justificación que *«Planteamos mantener el régimen vigente de prescripción de las faltas, que se demuestra ya suficiente para mantener la disciplina. Por el contrario, el texto del Proyecto, al aumentar los plazos, alargaría en el tiempo, y en nuestra opinión de una manera innecesaria, situaciones personales y profesionales de incertidumbre»*.
- El Artículo 50 del Proyecto remitido al Senado y relativo al procedimiento por falta leve también fue objeto de 4 enmiendas (las nº 47, 48, 49 y 130). De éstas sólo la enmienda nº 49, presentada por el GP Popular en el Senado se refería al apartado 6 del mencionado art 50, relativo al plazo de tramitación del procedimiento por falta leve, y en este sentido proponían modificar dicho apartado 6 dejándolo con esta redacción *La tramitación del procedimiento deberá completarse dentro del plazo de tres meses desde el acuerdo de inicio*, señalando como justificación de la enmienda que *en el expediente disciplinario por faltas leves, la facilidad de tramitación de la presunta infracción puede ser complicada, por lo que para mayor garantía de los derechos del expedientado, proponemos el aumentar el plazo de tramitación del expediente a tres meses, la mitad que en los expedientes por faltas graves o muy graves, asegurando una mejor tramitación, y más de acuerdo con el espíritu de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*.
- Al art 55 del Proyecto no se le formuló ninguna enmienda.
- Al art 65 se presentaron dos enmiendas, concretamente las nº 178 y 179, ambas del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPS-NV). La primera de ellas proponía modificar el apartado 1 del art 65 para que quedara redactado de la siguiente forma *la resolución a la que se refiere el artículo 63 de esta Ley y su notificación al interesado, deberá producirse en un plazo que no excederá de doce meses desde la fecha del acuerdo de incoación del expediente. Transcurrido este plazo se producirá la caducidad*

del expediente, siendo su justificación que *se pretende completar la redacción del artículo ya que en la actual el efecto del transcurso del plazo máximo de resolución del expediente se desprende del enunciado del artículo pero no de su contenido*⁷. Por su parte la enmienda 179 proponía que el apartado 2 del art 65 sobre posible suspensión del plazo de tramitación del procedimiento sólo pudiera prolongarse hasta un máximo de 6 meses, evitando que quedara abierto un plazo excesivo.

En cualquier caso ninguna de las enmiendas presentadas en el Senado llegó a prosperar.

2.3. Cuestiones problemáticas que plantea la actual redacción de la ley de régimen disciplinario de la guardia civil en materia de prescripción y caducidad

En primer lugar debe destacarse que en el Proyecto inicialmente remitido a las Cortes para la tramitación parlamentaria se distinguía entre, por un lado, el plazo de instrucción del expediente por falta grave y muy grave y por otro el plazo para que, contado desde la orden de inicio del expediente, se dictara resolución y se notificara al encartado/interesado. Efectivamente hay que recordar que el art 55 del Proyecto referente a plazos de instrucción señalaba que *el procedimiento respetará los plazos establecidos, sin que la instrucción del expediente pueda exceder de seis meses*, mientras que el apartado 1 del art 65 del proyecto, rubricado, como ya se dijo, «caducidad» disponía inicialmente que *la resolución a la que se refiere el artículo 63 de esta Ley y su notificación al interesado, deberá producirse en un plazo que no excederá de doce meses desde la fecha del acuerdo de incoación del expediente*, siendo finalmente modificado este último durante la tramitación parlamentaria al quedar redactado de la siguiente forma *la resolución a la que se refiere el artículo 63 de esta Ley y su notificación al interesado, deberá producirse en un plazo que no excederá de seis meses desde la fecha del acuerdo de incoación del expediente. Transcurrido este plazo se producirá la caducidad del expediente*, equiparándose esta forma el plazo señalado tanto en el art 55 como en el 65, que inicialmente eran distintos, y que podía tener su justificación en que el art 55 se refiriera únicamente al plazo de instrucción del expediente y no al plazo total de tramitación del procedimiento, y sin que quedara muy claro la razón de fijar un plazo especial referido únicamente a la *instrucción* de los expedientes por falta grave y muy grave, ni los efectos que se derivaran del exceso en dicho plazo de instrucción, a salvo lo que a continuación se expondrá sobre la prescripción de las faltas. Desde esta perspectiva podemos destacar la impropiedad de los términos y expresiones que utiliza, a mi juicio, la LORDGC de 2007 y las contradicciones en que incurre con ello porque, de un lado, señala que el plazo de *instrucción* del expediente no puede exceder de 6 meses (art 55), cuando

⁷ Como puede observarse esta enmienda es similar a la presentada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) (enmienda nº 21) al apartado 1 del art 65, por lo que no se entiende muy bien su presentación en el Senado y con la misma justificación, a salvo que en realidad lo que se pretendiera fuera que el plazo señalado de 6 meses se ampliara nuevamente a 12 meses, como en el proyecto de ley inicialmente remitido a las Cortes.

lo cierto es que en puridad la instrucción es una de las fases del procedimiento, para posteriormente señalar que *La resolución a la que se refiere el artículo 63 de esta Ley y su notificación al interesado, deberá producirse en un plazo que no excederá de seis meses desde la fecha del acuerdo de incoación del expediente* (art 65.1 inciso inicial), de donde se infiere que en un plazo máximo de 6 meses contados desde la orden de inicio del correspondiente procedimiento por falta grave o muy grave tiene que haberse dictado y notificado al interesado la correspondiente resolución sancionadora, pues de lo contrario se producirá la caducidad del *expediente* (es decir, la caducidad del procedimiento disciplinario).

En segundo lugar podemos destacar que el régimen de caducidad a que se refiere el art 65 parece referirse en exclusiva a los procedimientos por falta grave o muy grave, quedando fuera del mismo los procedimientos por falta leve, y ello tanto por la propia ubicación del precepto como por el plazo regulado en el mismo y porque precisamente el art 50.6 de la Ley no señala (al contrario de lo que sí dispone el art 65) los efectos derivados del transcurso de dicho plazo⁸. Desde esta perspectiva se plantean dudas acerca del plazo de 2 meses que señala el art 50.6 para la tramitación del procedimiento por falta leve respecto de si se trata de un plazo de caducidad o uno de prescripción o si no es ni una cosa ni otra⁹. En todo caso, y aún cuando algún autor, además de ser especialmente crítico con la introducción en la nueva Ley de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil del instituto de la caducidad¹⁰, señale que es lógico y coherente que el procedimiento por falta leve no contemple la figura de la caducidad, es decir, que dichos procedimientos no caduquen¹¹, aludiendo, entre otros aspectos, a que el hecho de

⁸ En este mismo sentido se expresa CABRALES ARTEAGA, Javier en «El tratamiento de la prescripción varía sustancialmente en la nueva Ley Disciplinaria» en Revista Jurídica Militar nº 39, marzo de 2008 y «No cabe la caducidad en los procedimientos por falta leve de la nueva ley disciplinaria de la Guardia Civil» en Revista Jurídica Militar nº 44, septiembre de 2008. Sin embargo conviene señalar que en algún caso alguno de los mandos de la Guardia Civil con competencia disciplinaria por falta leve ha declarado la caducidad del procedimiento por falta leve una vez transcurrido el mencionado plazo de dos meses, criterio claramente rechazado por la Asesoría Jurídica de la DIGEGUCI. Por lo demás esto mismo parece deducirse de la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, pues en ningún momento se planteó el aplicar el régimen de caducidad que se preveía únicamente para procedimientos por falta grave y muy grave a los procedimientos por falta leve.

⁹ Esto último es lo que parece mantenerse en la obra conjunta «Manual de Derecho Disciplinario de la Guardia Civil» VV.AA. coordinados por Nicolás Marchal Escalona, Editorial Thomson-Aranzadi, 1ª edición 2008 págs. 625-626. De esta manera ese plazo señalado para el procedimiento por falta leve sería similar al que se preveía en la anterior LORDGC de 1991 y en la LORDFAS de 1985 y de 1998 para los expedientes por falta grave y gubernativos que, como se ha expuesto, no es un verdadero plazo de caducidad.

¹⁰ Así CABRALES ARTEAGA, Javier en «La nueva Ley Disciplinaria de la Guardia Civil introduce en los Expedientes sancionadores la figura de la caducidad» en Revista Jurídica Militar nº 36, diciembre de 2007.

¹¹ CABRALES ARTEAGA «No cabe la caducidad en los procedimientos por falta leve de la nueva ley disciplinaria de la Guardia Civil» op. cit.

No obstante lo cierto es que cuando estas líneas salen a publicación el Tribunal Militar Central ya ha dictado varias sentencias en las que considera que los procedimientos por falta leve también caducan, y así por ejemplo, en la de 13 de julio de 2010 en el recurso contencioso-disciplinario 138/08, si bien el argumento básico empleado en la misma (debe aplicarse al procedimiento por falta leve el art. 65 LORDGC en base a interpretación lógica y sistemática), me parece cuanto menos discutible (puede encontrarse referencia a esta sentencia en la Revista Jurídica Militar n.º 68, noviembre 2010).

que se haya modificado sustancialmente la estructura y tramitación del procedimiento por falta leve, pasando de ser preferentemente oral a escrito, con la introducción de unos trámites preceptivos y previendo la posibilidad de dos trámites de alegaciones distintos y una fase probatoria, además de la novedad de que la incoación del procedimiento interrumpa el plazo de prescripción de la falta leve, todo lo cual haya hecho el legislador fuera consciente de *«la dificultad de concluir cualquier procedimiento en un plazo tan exiguo como el bimestral»*, estimando dicho autor que *«otra regulación hubiera determinado la impunidad de un elevado número del elenco más nutrido de infracciones disciplinarias, y dado lugar al efecto perverso, de disminuir garantías de defensa, con el propósito de terminar el procedimiento en plazo»*, lo cierto es que no aprecio la existencia de verdaderas razones de peso para que sólo se instaure dicha institución de la caducidad para los procedimientos por faltas graves y muy graves y no para las faltas leves, máxime si tenemos en cuenta que en otros sectores se ha establecido un régimen de caducidad común para el procedimientos sancionador, ya sea dirigido a sancionar presuntas faltas leves, graves o muy graves. En definitiva la cuestión radica en que si se instaure el instituto de la caducidad se arbitre un plazo (o plazos) de tramitación del procedimiento (o procedimientos) que efectivamente sean reales, de forma que en ellos exista margen suficiente para que los órganos con competencia sancionadora puedan cumplir con todos los trámites legalmente establecidos, lo cual perfectamente pudo haberse hecho con el procedimiento por falta leve.

En tercer lugar resulta, a mi juicio, un tanto problemática la determinación de los efectos derivados de la caducidad del expediente a que se refiere el inciso final del art 65.1 de la Ley. Lo cierto es que la LORDGC 2007 nada dice de forma expresa al respecto, por lo que parece que debería de aplicarse supletoriamente lo señalado al efecto en la LRJAP-PAC y tener en cuenta, por tanto, lo previsto en el art 44.2 y el art 92.3 de dicho texto legal¹², y así resulta que la caducidad del expediente (del procedimiento) no implica la prescripción de la infracción ni impediría el ejercicio, nuevamente, del *ius puniendi* en un nuevo procedimiento disciplinario en tanto en cuanto la presunta infracción disciplinaria no haya prescrito, aplicando por tanto la doctrina que en recurso de casación en interés de ley fijó la sentencia de la sección 5ª, de la sala 3ª, de lo contencioso-administrativo, del TS de 12 de junio de 2003, que es a su vez citada en las numerosas resoluciones judiciales del Alto Tribunal que declaran aplicable a los procedimientos disciplinarios del personal al servicio de una Administración o Poder Público el régimen de caducidad previsto en la LRJAP-PAC y a las que se hizo mérito anteriormente, y de las que se deduce por tanto que aún cuando un procedimiento disciplinario haya caducado nada impide que se pueda iniciar uno nuevo dirigido a sancionar la misma (presunta) infracción en tanto en cuanto la misma no haya prescrito¹³. Por lo demás es evidente que la caducidad del expediente (procedimiento) no implica la extinción de la responsabilidad disciplinaria si tenemos en cuenta que dicha institución no es una de las causas previstas en el art 20 para la extinción de dicha responsabilidad.

¹² En este sentido en la obra conjunta «Manual de Derecho Disciplinario de la Guardia Civil» op. cit. Págs. 634-635.

¹³ En este sentido CABRALES ARTEAGA «El tratamiento de la prescripción varía sustancialmente en la nueva Ley Disciplinaria» op cit. y «La instauración de la caducidad en la nueva Ley Disciplinaria plantea la cuestión de la posibilidad de apertura de un nuevo expediente por los mismos hechos» en Revista Jurídica Militar nº 46, noviembre de 2008.

Ahora bien resulta necesario coordinar esa caducidad del expediente a que se refiere el art 65.1 LORDGC 2007 con el régimen de prescripción que contiene en su art 21. Efectivamente dijimos antes que, como regla general, el plazo de prescripción de las infracciones señalado en el apartado 1 de dicho art 21 comienza a computarse desde que la falta o infracción en cuestión se hubiera cometido (art 21.2 inciso inicial). Sin embargo también dispone dicho art 21.3 que la notificación al interesado del inicio del procedimiento sancionador interrumpe los mencionados plazos de prescripción *que volverán a correr de no haberse concluido en el tiempo máximo establecido en esta Ley*. Como podemos ver la expresión empleada en este art 21.3 (**volverán a correr**) es la misma que se emplea en materia de prescripción en la LORDFAS de 1998 y la que se empleaba igualmente en la LORDFAS de 1985 y en la LORDGC de 1991 y a la que ya hicimos mención antes y cómo era entendida de forma invariable por la sala 5ª del TS en relación con la duración de los procedimientos disciplinarios. Sin embargo ahora cabe cuestionarse si puede ser entendida esa expresión (y sus consecuencias) de igual manera en la LORDGC de 2007. Efectivamente sobre este tema se plantean ciertos aspectos interesantes:

- A) Si entendemos que sí (es decir, que habría que volver a computar desde el principio, otra vez, y en su totalidad el correspondiente plazo prescriptivo), aún cuando ello parece lo lógico y coherente para el procedimiento sancionador por falta leve (pues éste en realidad sería análogo a lo previsto para procedimientos por faltas graves y causas extraordinarias en la LORDFAS (tanto de 1985 como de 1998) y en la anterior LORDGC de 1991, de forma que una vez transcurrido el plazo legalmente establecido para el procedimiento (2 meses), que no sería un plazo de caducidad, se iniciaría de nuevo el plazo de prescripción de la falta que debería transcurrir por entero y en su totalidad) resultaría que la nueva regulación es mucho más perjudicial para el personal de la Guardia Civil que para el resto de personal sujeto a regímenes disciplinarios, en particular de las FAS o de la LORDGC de 1991. Efectivamente mantener este criterio implicaría que no podría aplicarse de forma supletoria lo señalado en el art 92.3 LRJAP-PAC en cuanto a que los procedimientos caducados no interrumpirán los plazos de prescripción, que es (además de la finalización del procedimiento caducado con el consiguiente archivo de las actuaciones) uno de los principales efectos de la caducidad de los procedimientos sancionadores o de aquéllos en los que la Administración ejercite potestades susceptibles de producir efectos desfavorables en la esfera jurídica del administrado. En este sentido es reiterada la jurisprudencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo que señala que de conformidad con lo previsto en el art 92.3 de la LRJAP-PAC una vez caducado el procedimiento sancionador por el transcurso del plazo legalmente establecido el plazo de prescripción de la falta presuntamente cometida se entiende que no se ha interrumpido en ningún momento y por tanto que ha venido corriendo sin solución de continuidad desde la comisión de la falta (es decir, la interrupción de la prescripción de la falta que en su día produjo la notificación al interesado del procedimiento que se dirigía contra él queda sin efecto, como si nunca se hubiera producido). Sin embargo resulta que en los procedimientos disciplinarios por falta grave o muy grave de la Guardia

Civil ese efecto no se produce nunca, con lo que en definitiva su situación es más gravosa que la prevista en otros sectores, ampliándose el tiempo durante el cual se le puede llegar a sancionar.

Ciertamente esta interpretación podría tener cierto sentido en la redacción inicial del Proyecto de Ley de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil remitido a las Cortes, en el que se establecía, como ya se expuso, un diferente plazo para la instrucción del procedimiento por falta grave o muy grave (6 meses), mientras que la caducidad se producía si habían transcurrido más de 12 meses desde la fecha de la orden de inicio del procedimiento, y ello porque con esa diferenciación era factible sostener que transcurridos 6 meses desde la fecha de la orden de inicio del procedimiento se iniciaba de nuevo, desde el principio y en su totalidad, el plazo de prescripción de la correspondiente falta (grave o muy grave) cometida y que se interrumpió, quedando sin efecto, cuando se notificó al encartado el inicio del procedimiento. El problema en este caso surgiría cuando se cumpliera el plazo de 12 meses desde la fecha de la orden de inicio del procedimiento en que, conforme al texto del proyecto, se producía su caducidad, y ello porque ¿qué efecto producía entonces dicha caducidad? Pues parecía que únicamente el efecto de que se finalizara el procedimiento en cuestión con el consiguiente archivo de las actuaciones, pero seguiría sin producirse el efecto fundamental a que antes se hizo mención de entender conforme al art 92.3 LRJAP-PAC que el plazo de prescripción de la infracción en ningún momento se había producido.

Por otro lado el mantener la inaplicación del efecto fundamental de la caducidad del procedimiento sancionador previsto en el ya citado art 92.3 LRJAP-PAC (los procedimientos caducados no interrumpirán los plazos de prescripción) podría producir otro efecto perjudicial o desfavorable para el encartado en el procedimiento, cual sería la pendencia indefinida de la posibilidad de sancionar la infracción en función de si se considera que el inicio de un nuevo procedimiento sancionador dirigido a sancionar la infracción disciplinaria que no pudo ser castigada por el procedimiento caducado interrumpe nuevamente el plazo de prescripción de la falta presuntamente cometida. Es decir, sería perfectamente posible (al menos desde un punto de vista teórico) mantener de manera permanente e indefinida, sin sancionar, una conducta constitutiva de infracción grave o muy grave, mediante sucesivos inicios de procedimientos disciplinarios que caducaran, lo que no es factible en otros ámbitos. Efectivamente de seguirse esta interpretación resultaría que iniciado un procedimiento por falta grave o muy grave que se notifica al interesado se interrumpe el plazo de prescripción de la infracción, plazo que se perdería irremisiblemente, de manera que una vez caducado el procedimiento por haber transcurrido 6 meses desde su orden de inicio sin que se dictara y notificara al interesado la resolución, volvería a iniciarse de nuevo, desde el principio y en su totalidad, el plazo prescriptivo de la infracción, pero si dentro de dicho plazo se inicia un nuevo procedimiento sancionador y se notifica al interesado se interrumpiría nuevamente dicho plazo prescriptivo, que sólo podría volver a iniciarse de nuevo desde el principio una vez caducado el procedimiento por

el transcurso de 6 meses desde su orden de iniciación y así sucesivamente. Sin embargo en otros procedimientos sancionadores esa pendencia indefinida no se podría producir porque dado que los procedimientos caducados no interrumpen la prescripción de la infracción es evidente que en algún momento se llega a producir la prescripción de la infracción. En definitiva resultaría que el régimen de *caducidad del procedimiento* previsto en la LORDGC de 2007 únicamente supondría una causa de finalización del procedimiento pero no afectaría para nada al régimen propio de la *prescripción* salvo que volvería a iniciarse de nuevo y en su totalidad el correspondiente plazo prescriptivo. La única manera de evitar este problema y situación perjudicial para el interesado sería considerar que el inicio de un nuevo procedimiento sancionador tras uno previamente caducado, aún cuando se notifique al encartado, no interrumpe el plazo de prescripción de la infracción, pero lo cierto es que esto parece chocar con la literalidad del art 21 de la Ley y de las causas de interrupción de la prescripción, y es que el ya citado art 92.3 LRJAP-PAC señala que los procedimientos caducados no interrumpen el plazo de prescripción, pero la cuestión que se suscita es la de si el inicio de un nuevo procedimiento sancionador y su notificación al interesado produce la interrupción de la prescripción si es que cuando ello se produce dicho plazo prescriptivo no ha transcurrido en su totalidad, puesto que en sentido estricto una cosa es que el procedimiento caducado no interrumpe los plazos de prescripción y otra muy distinta que el inicio de un nuevo procedimiento no pueda interrumpir dicho plazo, puesto que no en vano nos encontramos ante procedimientos distintos, totalmente autónomos e independientes, uno de los cuales no ha producido efecto alguno por razón de la caducidad, pero en principio ello no tiene porqué afectar al nuevo procedimiento¹⁴. Realmente esta es una cuestión más compleja que exigiría un estudio más detallado pues es evidente que esta posibilidad crea una situación claramente perjudicial para el presunto

¹⁴ De hecho en otros ámbitos materiales sí se ha reconocido por alguna sentencia la posibilidad de que tras un procedimiento caducado se inicie uno nuevo que pueda interrumpir el plazo de prescripción de la acción o derecho material ejercitado a través de ese procedimiento, y así en materia de reintegro de subvenciones puede examinarse la sentencia de la sección 4ª de la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 28 de abril de 2004 que señala «*Por otra parte, la caducidad no produce por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no producen la interrupción del plazo de prescripción (art. 92, Ley 30/1992). En consecuencia, mediante la caducidad se declara fenecido el procedimiento administrativo, pero no los derechos que en el mismo se ejercitan. Y si en la fecha en que se produjera la caducidad del procedimiento hubiera transcurrido ya el plazo de prescripción, ésta se habría consumado -el procedimiento caducado no interrumpe los plazos de prescripción-, quedando extinguido el derecho ejercitado por la Administración, mientras que si en dicha fecha no hubiera transcurrido el plazo de prescripción, el derecho de la Administración subsistiría, sin perjuicio de que pudiera extinguirse por prescripción, si antes de que transcurriese el plazo de la misma no se realizasen otros actos con virtualidad suficiente para interrumpirla.*».

De hecho esta interpretación (el inicio de un nuevo procedimiento sancionador puede interrumpir el plazo de prescripción de la infracción) se mantiene por ejemplo en el reciente Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre «las diferentes consecuencias que se derivan de la caducidad de los procedimientos sancionadores previstos en la Ley Orgánica del Poder Judicial» pág. 31 de fecha 22 de abril de 2010. Este informe puede consultarse en la página web del CGPJ <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgjp/cgjp/principal.htm>.

infractor, y se le pueden reprochar numerosos defectos, entre ellos la de la incertidumbre y falta de seguridad jurídica que en principio supone, a las que se pueden sumar todas las críticas que ciertos sectores doctrinales han hecho respecto de la tesis mantenida por otro sector de la doctrina y hoy día ampliamente respaldada a nivel jurisprudencial de que la caducidad de un procedimiento sancionador no impide el inicio de uno nuevo en tanto en cuanto la presunta falta cometida no haya prescrito¹⁵. Reconozco que la posibilidad de esa pendencia indefinida choca claramente con la idea de toda seguridad jurídica y parece claramente rechazable¹⁶, pero a mi juicio el problema reside en una inadecuada regulación de la LORDGC y es evidente que estos problemas se solventan mediante una adecuada correlación entre los plazos de tramitación de los procedimientos y los de prescripción de las faltas, y así en muchos sectores se establece un plazo de tramitación lo suficientemente amplio para poder dictarse resolución y seguir todos los trámites legalmente establecidos, pero una vez producida la caducidad ya no es posible iniciar un nuevo procedimiento porque se han fijado plazos de prescripción más cortos o de una duración similar a la de la tramitación del procedimiento, de forma que una vez caducado éste y dado que los procedimientos no caducados no interrumpen el plazo de prescripción de las faltas ex art 92.3 LRJAP-PAC, es lo cierto que tras aquélla caducidad dichas faltas han prescrito y por tanto no es posible ya iniciar un nuevo procedimiento dirigido a depurarlas^{17 18}.

¹⁵ Excepto, claro está, en aquellos ámbitos en los que expresamente se ha vedado tal posibilidad al señalarse que una vez caducado el procedimiento sancionador no puede seguirse uno nuevo contra el presunto infractor, siendo el ejemplo más paradigmático el de las infracciones tributarias, puesto que el art 211 de la Ley 58/2003 de 17 de diciembre General Tributaria señala en su apartado 4 que *«el vencimiento del plazo establecido en el apartado 2 de este artículo sin que se haya notificado resolución expresa producirá la caducidad del procedimiento. La declaración de caducidad podrá dictarse de oficio o a instancia del interesado y ordenará el archivo de las actuaciones. Dicha caducidad impedirá la iniciación de un nuevo procedimiento sancionador»*.

¹⁶ En sentido contrario al aquí indicado (el inicio de un nuevo procedimiento sancionador puede interrumpir la prescripción de la falta) se mantiene por ejemplo por CABRALES ARTEAGA en «El tratamiento de la prescripción varía sustancialmente en la nueva Ley Disciplinaria» op cit.

¹⁷ No obstante también es verdad que en otros sectores los plazos de prescripción son especialmente largos de forma que aunque el procedimiento sancionador caduque no se produce la prescripción de la falta y es perfectamente factible iniciar un nuevo procedimiento sancionador dirigido a sancionarla, pudiendo cuestionarse aquí si este nuevo procedimiento puede interrumpir ese plazo de prescripción cuando se notifique el inicio al interesado. En este sentido la reciente Ley 10/2010 de 28 de abril de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo establece en su art 60 los plazos de prescripción de las infracciones tipificadas en el misma señalando que *«las infracciones muy graves y graves prescribirán a los cinco años, y las leves a los dos años, contados desde la fecha en que la infracción hubiera sido cometida»* (art 60.1 inciso inicial), señalando su art 61.4 que el plazo de tramitación del procedimiento no podrá exceder de 1 año (con posibilidad de suspensiones del mismo) señalando el último párrafo de dicho apartado 4 del art 61 que *«el transcurso de los plazos establecidos en el apartado precedente determinará la caducidad del procedimiento administrativo sancionador, debiendo procederse a dictar nuevo acuerdo de incoación en tanto no haya prescrito la infracción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60»*.

¹⁸ El ya referido Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre «las diferentes consecuencias que se derivan de la caducidad de los procedimientos sancionadores previstos en la Ley Orgánica del Poder Judicial» parece sostener que el plazo de prescripción de la falta presuntamente cometida se inicia de nuevo desde que se produce la caducidad del procedimiento, sin que, por tanto, parezca

B) Por el contrario si entendemos que la interpretación debe ser otra (es decir, que no habría que volver a computar desde el principio, otra vez, y en su totalidad el correspondiente plazo prescriptivo), podemos encontrarnos ante otras dos posibilidades

- Una, que sería entender que la expresión «*volviendo a correr*» significaría *continuar* el cómputo del plazo prescriptivo allí donde se *interrumpió* (entendida esta interrupción en el sentido de suspensión) de manera que la notificación del inicio del expediente no implicara la pérdida del tiempo de prescripción de la infracción transcurrido desde el día de su comisión hasta el de dicha notificación, sino únicamente que éste quedara suspendido o paralizado, de forma que se reanudara, es decir, continuaría en donde quedó, una vez transcurrido el plazo de caducidad del procedimiento inicial, de manera que si se inicia un nuevo procedimiento la notificación de su inicio al interesado lo que haría sería sólo suspender nuevamente el plazo prescriptivo reanudado y así sucesivamente, lo que como vemos tampoco parece una solución muy favorable para el encartado en un procedimiento, y plantea desde luego dudas sobre si es lo que realmente se pretendió y con los efectos que en general se predicán de la prescripción, de que la misma se interrumpe pero no se suspende (en cuanto pérdida irremediable del tiempo transcurrido hasta dicha causa interruptiva)
- La otra solución es entender conforme el art 92.3 LRJAP-PAC (de aplicación supletoria a la LORDGC 2007 según su Disposición Adicional 1ª) que una vez caducado un procedimiento disciplinario la interrupción del plazo prescriptivo realizado en su día con la notificación de la orden de iniciación se entienda no realizada y se considere que el plazo prescriptivo ha transcurrido sin interrupción desde la fecha de comisión de la infracción, pero entonces no se entiende muy bien la expresión empleada por la ley de *volverán a correr de no haberse concluido en el tiempo máximo establecido en esta Ley* porque en realidad no es que hubiera vuelto a correr el plazo, sino que éste desde el punto de vista jurídico nunca se interrumpió al haber caducado el procedimiento, y además no sería necesario haber incluido dicha previsión en dicho precepto, excepto, claro está, para el procedimiento por falta leve, en que era necesario fijar algún efecto o consecuencia por haber transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para su tramitación (que recordamos es de 2 meses), y es que quizá en la redacción inicial del Proyecto (ni en su tramitación parlamentaria posterior) se tuvieron en cuenta todas estas circunstancias y en realidad se fueron introduciendo diversas instituciones o regulaciones que no se acomodaban demasiado bien a las ya existentes.

En todo caso ninguna de estas dos soluciones parece demasiado buena y lo que es evidente es que la expresión utilizada por la LORDCG 2007 de «*volverán a correr*», análoga a la empleada por las otras Leyes Disciplinarias Militares, no hace sino introducir dudas sobre su sentido y finalidad. Quizá en el procedimiento por falta

que entiendan que a los procedimientos disciplinarios judiciales les afecte la regla de que los procedimientos caducados no interrumpen el plazo de prescripción y que se entiende que éste ha venido corriendo sin interrupción desde la comisión de la falta.

leve la cuestión pueda ser entendida en cualquiera de las dos maneras mencionadas dado que parece que no existe como tal la caducidad del procedimiento por falta leve, pero desde luego en los procedimientos por falta grave y muy grave la solución no es fácil y plantea numerosos interrogantes, y es que no habría que descartar que en un futuro más o menos inmediato se pronuncie la Sala 5ª del Tribunal Supremo sobre esta cuestión, en la que el problema residirá en concordar la caducidad de la Ley con la prescripción de las faltas y con los efectos y consecuencias derivadas de dicha caducidad, y finalmente quizá habría que diferenciar entre el régimen de prescripción de la LORDFAS y de la LORDGC o bien reconsiderar toda la doctrina que hasta el momento ha mantenido la sala de lo militar del Alto Tribunal sobre la prescripción de las infracciones disciplinarias.

Finalmente, a efectos de la *caducidad* y de la *prescripción de las infracciones* debemos recordar que ya la sección 5ª de la Sala 3ª del TS en sentencia de 15 diciembre de 2004 señaló como doctrina legal que el plazo para el ejercicio de la potestad disciplinaria, y el que por tanto debe tenerse en cuenta para la caducidad y la prescripción de las infracciones finaliza con la notificación de la resolución sancionadora, sin que a estos efectos pueda sumarse el cómputo del tiempo empleado en la interposición, tramitación, resolución y notificación de recursos en vía administrativa (en igual sentido la reciente STS, sección 5ª, de la sala 3ª 22-9-2008)¹⁹, así como que una vez dictada resolución sancionadora no es factible dictar posteriormente por el mismo órgano o autoridad una nueva resolución revisando o revocando dicha resolución sancionadora y acordando la caducidad del procedimiento para poder, acto seguido, iniciar un nuevo procedimiento disciplinario dirigido nuevamente a depurar la presunta infracción cometida²⁰.

¹⁹ En la sentencia ya citada de 15 de diciembre de 2004 (casación en interés de Ley 97/2002) la Sección 5ª de la sala 3ª del Alto Tribunal declaró que el límite para el ejercicio de la potestad sancionadora y para la prescripción de las infracciones concluye con la resolución sancionadora y su consiguiente notificación, por lo que no cabe apreciar la prescripción de la infracción por la demora de la Administración en la resolución del recurso de alzada. En la citada sentencia de esa misma sala y sección de 22 de septiembre de 2008 (recurso de casación en interés de ley 69/2005) se fija como doctrina legal que interpuesto recurso de alzada contra una resolución sancionadora, el transcurso del plazo de tres meses para la resolución del mismo no supone que la sanción gane firmeza ni que se convierta en ejecutiva, de modo que no puede iniciarse el cómputo del plazo de prescripción de la sanción. Como señala el Alto Tribunal en esta última sentencia la conjunción de ambas doctrina puede producir efectos indeseables, afirmando que *«no ignoramos que de la conjunción de esa doctrina con la que ahora formulamos pueden derivarse consecuencias indeseables, como sería la pervivencia indefinida de una resolución sancionadora que estuviese pendiente de recurso de alzada y de la que no pudiese predicarse la prescripción de la infracción ni la de la sanción. No se descarta por ello que la cuestión abordada en la sentencia de 15 de diciembre de 2004 pueda ser objeto de un nuevo examen cuando haya ocasión para ello; pero no es ahora momento de hacerlo pues en el caso que nos ocupa ningún debate se ha suscitado en torno a la prescripción de la infracción y sí únicamente en lo que se refiere a la sanción»*. A mi juicio estas mismas consideraciones resultan de aplicación igualmente a los procedimientos disciplinarios militares.

²⁰ Así lo ha señalado una reciente sentencia de la sección 6ª de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2010 anulando una sentencia de la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional que había confirmado la legalidad de tal proceder en un procedimiento sancionador de la Agencia Española de Protección de Datos.

4. EL RECURSO CONTENCIOSO-DISCIPLINARIO MILITAR ORDINARIO

*María del Carmen Virseda Fernández
Capitán Auditor*

ANTECEDENTES

El vigente Recurso Contencioso-Disciplinario Militar Ordinario se configura a partir de la L.O. 4/87, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y la L.O. 2/89, Procesal Militar. Con anterioridad a esta normativa podemos distinguir las siguientes etapas:

En el **derecho romano** se consagró un fuero especial para militares con respecto a cualquier clase de delito¹. El derecho romano, emanado de un pueblo que se destacó pronto por el acusado desarrollo de su potencia militar, se encuentran instituciones de derecho militar con estructura y rasgos de psicología admirables. En la **Edad Media**, el fin de la civilización romana ocasiona la pérdida de tan interesante desenvolvimiento jurídico. El código de Alfonso X el Sabio puede considerarse como el arranque de nuestra legislación militar nacional, y así lo proclama Almirante². En el **S. XVI** se encuentran las primeras Ordenanzas Navales. Importantísimas fueron años más tarde las Ordenanzas e Instrucciones del Duque de Parma y Plasencia de 1587 llamadas también las primeras de Flandes. Durante el **S. XVII** abundan las ordenanzas parciales dictadas para determinados Ejércitos o Armadas. Las Ordenanzas Generales militares y navales españolas del **S. XVIII** encerraban los principios fundamentales de la disciplina y del honor militar. Distinguimos las Ordenanzas de la Armada de 1748, las Ordenanzas del Ejército de 1768 y las Ordenanzas de la Armada de 1793. En el **S. XIX**, en plena guerra de la independencia y por innegable influjo de la ideología liberal del mismo ejército del enemigo invasor, se planteó en España el sistema político constitucional. Con él se introdujo el prurito codificador en todas las ramas de la

¹ ENRICO PESSINA «Elementos de derecho Penal. Madrid, H. de Reus 1913, pág. 249.

² En su diccionario Militar.

legislación que constituía uno de los principales postulados del programa napoleónico del gobierno.³ De esta época data el Código de Justicia Militar de 1890 fue publicado por Real Decreto de 27 de septiembre de 1890 y que estuvo vigente hasta la ley de 17 de julio de 1945,⁴ que lo derogaba estableciendo un nuevo código. En la marina de guerra fueron varias las tentativas de codificación y reforma del derecho penal. El 24 de agosto de 1888 se promulgó el Código Penal de la Marina de Guerra. La ley de organización y atribución de los tribunales de marina y ley de enjuiciamiento militar de marina se publicaron el 10 de noviembre de 1894.

Por ley de 17 de julio de 1945 se promulgó el nuevo **Código de Justicia Militar de 1945**, común a los tres ejércitos de tierra, mar y aire y que entró en vigor el 25 de agosto siguiente. El régimen disciplinario se encontraba, prácticamente en su integridad, dentro del Código de Justicia Militar de 1945⁵, las únicas excepciones eran las relativas a infracciones de disciplina escolar contempladas en sus reglamentos específicos, y las especialidades contenidas en el Real Decreto 353/77 para separación del servicio de los miembros de la Guardia Civil.⁶ El derogado CJM se caracterizó por una ausencia total de recursos.⁷ Bajo la vigencia del CJM existía una identidad total entre la potestad del mando y la potestad de jurisdicción de las Autoridades Militares Superiores.⁸ Puede decirse sin riesgo de incurrir en inexactitud histórica, que el ejercicio de la potestad disciplinaria por las autoridades militares ha sido hasta fechas muy recientes, un ámbito de actuación administrativa absolutamente exento de control jurisdiccional.⁹ Así el Código de Justicia Militar de 1945, texto obsoleto que ya en su momento resultó desfasado frente a la legislación común coetánea, y que no fue más que una reforma de compromiso refundiendo el viejo Código de 1890 y las Leyes Militares de Marina de 1888 y 1894.¹⁰

Con la entrada en vigor de la **Constitución de 1978**, como la imprescindible reforma de la legislación militar tardó en materializarse, fue el **Tribunal Constitucional** el que ofreció las soluciones que, a la larga, determinarían el cambio normativo.¹¹ Podemos diferenciar dos momentos o periodos:

³ DE QUEROL y DURAN Fernando, «Principios de Derecho Militar Español», con arreglo al Código de Justicia Militar de 1945, Editorial Naval, pág. 41.

⁴ DE QUEROL y DURAN Fernando. «Principios de Derecho Militar Español». Editorial Naval. Madrid. 1946.

⁵ MILLÁN GARRIDO «Comentarios a las leyes procesales militares» L.O. 4/87 de Competencia y Organización de la jurisdicción Militar. Tomo I. Ministerio de Defensa. Madrid 1995.

⁶ BALAZO RUIZ- GALLEGOS M, «El régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas en la L.O. 12/85», en revista de derecho público, nº 106 (1987), pág. 57.

⁷ ÁLVAREZ ROLDAN Luis y FORTÚN ESQUIFINITO Ricardo, «La Ley Disciplinaria», 1996, pág. 363.

⁸ SÁNCHEZ GUZMÁN Eugenio, «Comentarios a las leyes procesales militares» L.O. «2/89 Proceso Militar. Tomo II. Ministerio de Defensa. Madrid 1995, pág. 2082.

⁹ JIMÉNEZ VILLAREJO, «Potestad Disciplinaria y Control Jurisdiccional», pág. 5.

¹⁰ VALENCIANO ALMOYNA Jesús, «La reforma de la justicia militar en España durante la transición», Revista Española de Investigaciones Sociológicas «El papel de las Fuerzas Armadas en la transición Española». Centro de Investigaciones Sociológicas (C.I.S) Nº 36, Octubre-Diciembre de 1986, pág. 141.

¹¹ MILLÁN GARRIDO Antonio. OP. CIT. Pág. 761.

1. Primer período, el Tribunal Constitucional optó por la vía más sencilla «reconducir los mecanismos de reacción frente a las correcciones militares a las ordinarias vías de control judicial de los actos administrativos, esto es al recurso contencioso-administrativo.¹² El **auto 60/80**¹³ establecía «la excepción contenida en el art. 40 d) de la Ley de 27 de Diciembre de 1956, en cuanto dejaría fuera del control de la legalidad a determinados actos de la Administración Militar, es contraria al art. 106.1 de la Constitución, y en cuanto impediría que en tales casos algunos ciudadanos pudieran obtener la tutela judicial de sus derechos es contraria al art. 24.1 de la misma; y como la disposición derogatoria 3ª de la Constitución deroga a cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución, el art. 40 d) de la Ley de 1956 ha quedado derogado, y no puede ser invocado por ningún poder público pues todos ellos están sometidos a la Constitución, según el art. 9.1 de esta.¹⁴
2. Segundo período, a partir de 1981 el Tribunal Constitucional emprende una nueva orientación, que descarta el contencioso-administrativo como mecanismo propio de control jurisdiccional de la potestad disciplinaria militar.¹⁵ Como apunta López Ramón,¹⁶ ya no es necesario considerar vigente el art. 40 d) de la Ley de lo Contencioso-administrativo, operándose la exclusión, ahora absoluta, a través del art. 2 a) de la misma Ley.¹⁷ El TC iba a reconducir la doctrina apuntada en el auto 60/80, en ciernes muy poco tiempo después.¹⁸ En la **sentencia 21/81** de 15 de Junio¹⁹ el Tribunal Constitucional va a cambiar de posicionamiento y considera satisfecha la tutela judicial efectiva en tanto se tenga acceso a un órgano de la jurisdicción militar: en este caso, la sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar. La **sentencia 22/82** de 12 de Mayo²⁰ y también el auto de Enero de 1984, consideraron que el cauce para garantizar la tutela judicial efectiva era el recurso de queja²¹ establecido no técnicamente como recurso en el C.J.M.²²

¹² LÓPEZ RAMÓN F «Reflexiones sobre el contencioso disciplinario militar». Revista española de derecho administrativo, nº 54 (1987), pág. 170 - 171.

¹³ Auto 60/80, de 22 de Octubre.

¹⁴ «Autos del Tribunal Constitucional en Defensa y en las Fuerzas Armadas 1980 - 1983», Madrid 1991, pág. 67 - 71.

¹⁵ MILLÁN GARRIDO Antonio, «Comentarios a la Ley disciplinaria de la Guardia Civil», Madrid 1993, pág. 761.

¹⁶ LÓPEZ RAMÓN F «Reflexiones sobre el contencioso-disciplinario militar», pág. 174 - 175.

¹⁷ LÓPEZ RAMÓN F. OP. CIT. Pág. 174 - 175.

¹⁸ FERNÁNDEZ SEGADO Francisco, «El nuevo Régimen Disciplinario Militar. Reflexiones en torno a la obra Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas». Revista Española de derecho Militar». Año 2000. Pág. 145.

¹⁹ «Sentencias del Tribunal Constitucional en Defensa y Fuerzas Armadas (1981 - 1984), Madrid 1989, pág. 22 - 39.

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1982, de 12 de Mayo, «Sentencias del Tribunal Constitucional en Defensa y Fuerzas Armadas» pág. 87 - 97.

²¹ ÁLVAREZ ROLAN Luis y FORTÚN ESQUIFINITO Ricardo, «La Ley Disciplinaria», 1996, pág. 364.

²² C.J.M., art. 107.6 «Corresponde a la sala de justicia conocer de las quejas que se promuevan contra los Tribunales y Autoridades de los ejércitos por denegación de los recursos u otras garantías que las leyes concedan».

y de estricto carácter formal. Dicha solución fue provisional²³. Así fue el propio TC en **auto 25 de enero de 1984** quien en definitiva le indicó al Consejo Supremo de derecho militar que dictase normas de desarrollo del recurso de queja.²⁴ Se dictó el Auto de 4 de abril de 1984²⁵ que creó «ex novo» los requisitos, condiciones, plazos y efectos del recurso de queja,²⁶ en definitiva se indicaba al Consejo Supremo de Justicia Militar que dictase las normas de desarrollo del recurso de queja.

La **Ley de régimen Disciplinario 12/85**, inicia un proceso de clarificación normativa y adecuación constitucional que culmina con la L.O. 4/87 y la L.O. 2/98²⁷. El sistema de recursos establecidos en la ley disciplinaria se caracteriza por dos principios fundamentales:²⁸ atribución definitiva a la jurisdicción castrense del control judicial de la potestad disciplinaria militar en las sanciones extraordinarias y por falta grave. Esto se lleva a cabo siguiendo las orientaciones de la jurisprudencia constitucional, a través del recurso contencioso-disciplinario militar²⁹; la exclusión del control judicial de las sanciones por falta leve tal como prevé expresamente el art 51 de la ley disciplinaria militar. Seguramente por estimarse que, no pudiendo ser ya castigadas las faltas leves con sanciones privativas de libertad, una resolución disciplinaria de esta naturaleza no puede ser equiparada, según la interpretación del tribunal Europeo de Derechos Humanos, a la «acusación en materia penal» que menciona el convenio de Roma entre los supuestos que hacen nacer el derecho a la tutela judicial efectiva.³⁰

ESTUDIO DOGMÁTICO

De conformidad con el art 453 el procedimiento se desdobra en dos:³¹ el ordinario, aplicable en relación con los actos definitivos dictados por las autoridades o mandos sancionadores en aplicación de la ley disciplinaria, que causen estado en vía administrativa y, el preferente y sumario que puede interponerse contra las sanciones disciplinarias, cualquiera que sea su naturaleza y gravedad, que afecten al ejercicio de los derechos fundamentales señalados en el art 53.2 de la Constitución.

²³ ÁLVAREZ ROLDAN Luis y FORTÚN ESQUIFINITO Ricardo, «La Ley Disciplinaria», 1996, pág. 363.

²⁴ ÁLVAREZ ROLDAN Luis y FORTÚN ESQUIFINITO Ricardo, «La ley disciplinaria» 1996, pág. 364.

²⁵ C.J.M., Auto de 4 de Abril de 1984.

²⁶ ÁLVAREZ ROLDAN y FORTÚN ESQUIFINITO Ricardo, «La ley disciplinaria» 1996, pág. 365.

²⁷ SÁNCHEZ GUZMÁN Eugenio, «Comentarios a las leyes procesales militares» L.O. «2/89 Procesal Militar. Tomo II. Ministerio de Defensa. Madrid 1995, pág. 2083

²⁸ MILLÁN GARRIDO Antonio, «Comentarios a la ley disciplinaria de la guardia civil».

²⁹ En los borradores de la Ley orgánica de régimen disciplinario de las fuerzas armadas de 21 de julio de 1981, no se atribuía el control de la potestad disciplinaria militar a la jurisdicción castrense, sino que en los supuestos en que se admitía el recurso judicial, este era el contencioso administrativo (art 47.2 del BLD)

³⁰ JIMÉNEZ VILLAREJO José, «El recurso contencioso disciplinario militar. Revista española de Derecho Militar» 1991, pág. 290.

³¹ L.O. 2/89, de 13 de abril, Procesal Militar.

En el ámbito contencioso disciplinario militar, del mismo modo que sucede en el contencioso administrativo, pese a la denominación de recurso estamos ante un auténtico proceso entre partes en el que una de ellas es la administración. Por tanto, el carácter revisor y su denominación como recurso únicamente significa que lo que la ley quiere es la existencia de un acto previo y una vez dictado se permite al demandante que pueda fundar su pretensión, en cualquier motivo o razón que entienda procedentes hayan sido o no alegadas por las partes en el procedimiento administrativo, siempre que no se planteen cuestiones nuevas ni se innoven las pretensiones.

Así el art 24 de la Constitución configura la tutela judicial como algo real o efectivo, más allá de los límites de lo que pudiera ser una mera declaración de buenos propósitos. A la luz de esta garantía, la naturaleza revisora ha de ponerse en correspondencia con la función de controlar la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa.

La articulación de esta vía de control judicial no ha sido un proceso fácil y ha estado sujeta a un proceso de evolución lenta teniendo en cuenta el especial ámbito en el que nos movemos. Si echamos la vista atrás, observaremos que venimos de un Código de Justicia Militar donde la ausencia de recursos era más que patente y no sólo en la vía judicial sino en la vía administrativa donde, ni siquiera, cabía la posibilidad de un recurso de alzada. Por tanto, la Ley Orgánica Procesal Militar y la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar suponen un punto de arranque en la modernización y ajuste a las previsiones establecidas en la constitución en lo relativo al control judicial frente al ejercicio de la potestad disciplinaria en el ámbito castrense. La jurisprudencia de la Sala Quinta ha ido evolucionando en el asentamiento de este recurso y como hoy es una auténtica vía de tutela judicial frente a la actuación de la administración sancionadora.

Este recurso se **fundamenta** en la existencia de una jurisdicción militar, la Constitución regula en el Título VI «*Del poder Judicial*», art 117.5 «*El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la constitución*».

La inclusión de esta norma dentro del título VI de la CE, «Del poder Judicial», demuestra que la naturaleza o carácter de la actuación de los tribunales militares es concebida como el ejercicio de una auténtica y genuina jurisdicción, lejos de la idea de una actividad meramente administrativa, disciplinaria, doméstica o corporativa.

1. El principio de Unidad Jurisdiccional como base de organización de los tribunales. Para Fernández Segado en todo caso, salvaguardar el principio de unidad del poder judicial, lo que significa la ineludibilidad de lograr esa unidad por lo menos en su vértice, respetando la disposición del artículo 123.1 de nuestra *lex superior*, que considera al Tribunal Supremo como el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales.

2. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense. López Ramón³² afirma que el alcance del art 117.5 no debe traducirse en nada parecido a alguna suerte de garantía institucional³³ para la jurisdicción militar. Respecto al alcance de esta jurisdicción hay que señalar que, el constituyente no sólo se hace eco de esta institución sino que la contempla nada más proclamar el principio de unidad jurisdiccional y circunscribiéndola al ámbito estrictamente castrense. El término regulará significa que llegado el momento de la normación, el ámbito competencial que se reconozca a esta jurisdicción sea el estrictamente castrense. Ello impone como ha reconocido el TC³⁴ una consideración restrictiva del alcance de esa jurisdicción, a lo supuestos previstos constitucionalmente.
3. Integración de la jurisdicción militar dentro del Poder Judicial del Estado. Supone una serie de consecuencias:³⁵ se debe salvaguardar el principio de unidad del poder judicial, lo que significa lograr esa unidad por lo menos en su vértice; la función jurisdiccional debe ser ejercida por verdaderos órganos judiciales militares, a los que se ha de rodear de las garantías necesarias, en los asuntos de su competencia; el ejercicio de la potestad jurisdiccional militar corresponde en exclusiva a los órganos judiciales castrenses legalmente determinados, que en su marco competencial habrán de considerarse juez ordinario predeterminado por ley; a la jurisdicción militar le compete no sólo juzgar sino hacer ejecutar lo juzgado; rige el principio de legalidad como sujeción de todos los órganos jurisdiccionales al imperio de la ley.
4. Diferenciación de los órganos judiciales militares en situaciones de normalidad y en los supuestos de estado de sitio. El estado de sitio³⁶ tiende a asegurar y mantener el orden constitucional en supuestos diferentes y mucho más graves que los que se desencadenan en el estado de excepción, supuestos en los que peligran la estructura político constitucional del estado. Estas circunstancias se conectan con un levantamiento o insurrección armada que ponga en peligro los fundamentos en los que se asienta el Estado, es decir, soberanía, integridad territorial u orden constitucional la protección de esos soportes básicos del Estado, es misión atribuida a las Fuerzas Armadas. De ahí el papel que en el Estado de Sitio asumen aquellas en cuanto ejecutoras de las medidas que procedan, bajo la dirección del gobierno.
5. Ámbito estrictamente castrense, el TC señala que el art 117.5 ha de ser interpretado a la luz de los art 8 y 30 de la CE y que la jurisdicción militar sólo puede ser aplicada a los delitos exclusiva y estrictamente militares, tanto por su conexión con los objetivos, tareas y fines de las Fuerzas Armadas, que no son sino los que hacen referencia a la organización bélica del Estado,

³² LÓPEZ RAMÓN Fernando, «Reflexiones sobre el contencioso disciplinario militar», «Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución», vol. IV, Ministerio de Justicia, Madrid 1899. Pág. 2605 y sg.

³³ STC 32/81, de 28 de julio.

³⁴ STC 93/86, de 7 de julio

³⁵ FERNÁNDEZ SEGADO Francisco, «El marco constitucional. La jurisdicción militar: su organización y competencia», en la obra «La Jurisdicción Militar» CGPJ, año 1992. Pág. 27 y 28.

³⁶ FERNÁNDEZ SEGADO Francisco, «La ley orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio», Revista de Derecho Político, nº 11, 1981, pág. 83 y sg, en concreto pág. 111.

indispensable para la satisfacción de las exigencias defensivas de la comunidad, consideradas en otro momento³⁷ como un auténtico bien constitucional, como por la necesidad de una vía judicial específica para su conocimiento y eventual represión.

6. La regulación de la jurisdicción militar ha de realizarse de conformidad con los principios de la CE tanto en supuestos de normalidad como en estado de sitio.³⁸

Además de los principios generales contenidos en el título preliminar y en el título I de la CE, se consideran de interés a efectos de regulación de la jurisdicción castrense: los principios informadores de la función jurisdiccional; los principios procesales constitucionales y por último las garantías y derechos constitucionales que reconoce la CE y que tienen especial proyección en el ámbito de la jurisdicción penal.

La existencia de la jurisdicción militar, especialmente en tiempo de paz, ha sido y es en la actualidad una cuestión que ha suscitado vivas polémicas en las que se han mezclado argumentos de tipo técnico o estrictamente jurídico con otros de tipo político³⁹. En mi opinión el actual sistema de jurisdicción militar es perfectamente válido no sólo por ser perfectamente acorde con la previsión constitucional reflejada en el art 117.5 sino por haber demostrado el cumplimiento de los objetivos que cabía asignarle y lo más importante ha satisfecho de modo adecuado las garantías exigibles a una administración de justicia que como la prevista en el Título VI de la Constitución responde a los principios del Estado de Derecho. Esto no significa la posibilidad de acometer determinadas reformas que perfeccionen el sistema. El fundamento de la conveniencia de la existencia de la jurisdicción militar lo apoyo en varios razonamientos: los principios generales de una buena administración de justicia es donde hay que situar el desarrollo de la «justicia militar», la justicia militar debe formar «parte integrante del sistema judicial general»; la jurisdicción castrense está expresamente reconocida en la constitución y la «constitucionalización» de los tribunales militares no debe situarlos fuera del derecho ordinario, por encima de la ley, sino, muy al contrario, incluirlos en los principios del estado de derecho, empezando por la separación de poderes y la jerarquía normativa; la jurisdicción militar está integrada en la unidad del poder judicial; concurren los principios esenciales de la función jurisdiccional: independencia, inamovilidad, exclusividad y predeterminación enunciados en el art 117.1 y 3 de la CE; la jurisdicción militar es una jurisdicción especial, existen razones suficientes para mantener la pervivencia del vigente sistema orgánico de la jurisdicción militar en tanto que jurisdicción especial. Estas razones están en lo que se ha llamado «homogeneidad de valores»⁴⁰, de quienes integran los órganos judiciales militares con los justiciables, esto es, la comunidad de vivencias, sentimientos y conocimiento de la realidad sobre la que se ha de aplicar la norma, valores, vivencias, realidad y pautas de conducta que ofrecen muchas peculiaridades en la vida castrense no solo con el resto

³⁷ STC160/87, de 27 de octubre.

³⁸ APARICIO GALLEGO Javier, «La nueva organización de la justicia militar», Revista General de Derecho, nº 512, mayo 1987. Pág. 2457 y 2458.

³⁹ CASADO BURBANO Pablo, «Iniciación al derecho Constitucional Militar». Pág. 82

⁴⁰ PÉREZ ESTEBAN Fernando, «La unidad jurisdiccional y sus consecuencias en la jurisdicción militar», Revista del Poder Judicial nº 55, 1999, pág. 531.

de la comunidad social sino con respecto a cualquier otro sector de la administración pública; frente al criterio mantenido en el anterior Código de Justicia Militar de 1945 donde se disponía el conocimiento de los tribunales militares por razón de persona, lugar y delito, rige actualmente en nuestra legislación el principio general de que la competencia de los tribunales militares es por razón de delito; la ley procesal militar se caracteriza por la acentuación de las garantías del justiciable.

El **fin** es el control jurisdiccional de la potestad disciplinaria militar, adaptada a las específicas condiciones del ámbito castrense.

Este control judicial ha de alcanzar un nivel extremo en función de que la administración militar no se ve constreñida por las limitaciones del art 25.3 de la CE el cual prohíbe a la administración civil la imposición de sanciones que impliquen privación de libertad.

COMPETENCIA

El elemento determinante lo constituye el acto sancionador, cuyo enjuiciamiento de legalidad se pretende. Lo importante es la autoridad sancionadora de la que dimana el acto impugnado, se busca una correlación entre el nivel del órgano disciplinario y el jurisdiccional⁴¹.

El conocimiento del recurso contencioso disciplinario corresponde: a la Sala V del Tribunal Supremo, conocerá de los recursos jurisdiccionales en materia disciplinaria militar que procedan contra las sanciones impuestas o reformadas por el Ministro de Defensa⁴², incluso las extraordinarias⁴³ y al Sala de Justicia de Tribunal Militar Central, conocerá de los recursos jurisdiccionales en materia disciplinaria militar que procedan contra las sanciones impuestas o reformadas por el Jefe del Estado Mayor de la Defensa, los Jefes de Estado Mayor de cada ejército, Subsecretario de Defensa, el Director General de la Guardia Civil y Oficiales Generales.⁴⁴

Como señala Jiménez Villarejo, si con la distribución de competencias penales se pretende asegurar que nunca un militar pueda ser juzgado por quienes tengan un empleo inferior, con la distribución en el orden contencioso disciplinario se persigue que, en ningún caso, la sanción impuesta por un mando militar sea sometida a revisión ante un tribunal militar en que al menos el presidente no tenga la misma graduación que aquél.⁴⁵

La Sala de justicia, para el conocimiento del recurso contenciosos disciplinario militar se constituirá por su Auditor Presidente o quien le sustituya, un Vocal Togado y un Vocal Militar.⁴⁶ Esto ha sido objeto de modificación por ley 9/2003, de 15 de

⁴¹ SÁNCHEZ GUZMÁN Eugenio. OP. CIT. Pág. 2085.

⁴² L.O. 4/87, de competencia y organización de la jurisdicción militar, art 23

⁴³ Sal 5ª, auto 8 de noviembre y 18 de diciembre de 1990 (RJA. 1645 y 10457); 19 de diciembre de 1989 (RJA 9174 y 9179); 16 de enero y febrero de 1992(RJA 4061).

⁴⁴ LOCO 4/87, art 34.7.

⁴⁵ JIMÉNEZ VILLAREJO J. «Potestad disciplinaria y control jurisdiccional», pág. 64,65.

⁴⁶ LOCO 4/87, art 41

julio que sustituye a la L.O. 4/87 que establecía que la sala de justicia se componía de dos vocales togados y dos vocales militares. El conocimiento del recurso contencioso disciplinario es una de las competencias fundamentales de la sala de justicia.⁴⁷

No obstante, es muy interesante profundizar en un análisis comparativo entre los órganos competentes de llevar a cabo la tutela judicial efectiva en el ámbito militar y en el ámbito contencioso administrativo. Así, en nuestro ámbito castrense la Sala V del Tribunal Supremo conoce los recursos jurisdiccionales en materia disciplinaria militar que procedan contra sanciones impuestas o reformadas por el Ministro de Defensa, incluso las extraordinarias. Paralelamente a esto, la ley 29/98 reguladora de la jurisdicción contenciosa administrativa atribuye: al Tribunal Supremo competencia para conocer los recursos contra actos y disposiciones del Consejo de Ministros y de las Comisiones Delegadas del Gobierno⁴⁸ y a la sala de lo contencioso-administrativo de la audiencia nacional los recursos en relación con las Disposiciones Generales y actos de Ministros y Secretarios de Estado⁴⁹. Es anómalo que una sala del Tribunal Supremo conozca en única instancia un recurso interpuesto contra un acto del Ministro,⁵⁰ esto se explica porque la L.O. 4/87 reserva a la jurisdicción militar la tutela judicial de las sanciones disciplinarias y por tanto queda excluida la competencia de la Audiencia Nacional. Esta exclusión lleva a buscar un órgano de la jurisdicción militar que asuma dicha competencia y este no existe en la actual organización. Aunque el Tribunal Militar Central sería el llamado a controlar la actuación disciplinaria del Ministro de Defensa mantiene una indiscutible vinculación con el ejecutivo en la medida que de él emanan los nombramientos del Presidente y de los vocales que lo integran, por tanto no queda otra alternativa que poner en manos de la sala V el control jurisdiccional de la potestad disciplinaria del Ministro.

ACTOS IMPUGNABLES

1. ACTOS IMPUGNABLES

a) Actos dictados en aplicación de la ley disciplinaria

El recurso contencioso disciplinario exige que exista un previo acto disciplinario sancionador.⁵¹ Son actos sometidos al régimen disciplinario militar los siguientes⁵²: los que impongan sanciones por falta grave; los resolutorios de expedientes gubernativos en los que se impongan sanciones extraordinarias; el acuerdo de apertura del procedimiento sancionador a que se refiere el art 63 de la ley disciplinaria, cuando se haya producido fuera del plazo señalado

⁴⁷ ROJAS CARO J. «Derecho Procesal Penal Militar». Bosch casa editorial S.A. Barcelona 1991. pág. 126.

⁴⁸ L.O. 29/98, de 13 de julio, art 12.1.

⁴⁹ L.O. 29/98, de 13 de julio, art 11.1

⁵⁰ JIMÉNEZ VILLAREJO, «Potestad disciplinaria y control jurisdiccional», pág. 67

⁵¹ STS sala 5ª sentencias 11 de julio y 14 de octubre de 1991 (RJA 6492 y 7504) y 30 de marzo de 1992 (RJA 4062).

⁵² HERNÁNDEZ MUNTIEL y FERRER BARQUERO, «Manual Práctico de la Jurisdicción Militar», pág. 122.

al efecto y los acuerdos denegatorios de cancelación de notas desfavorables en la documentación militar. Se establece que si no se produce la cancelación debida, podrá recurrirse mediante recurso ordinario y contra su resolución cabrá interponer recurso contencioso-disciplinario militar ante el Tribunal Militar Central.⁵³

Ricardo Fortún Esquifino considera que a la jurisdicción militar no sólo debe corresponder otorgar la tutela respecto de las sanciones, sino también en todos aquellos aspectos que guarden relación con cualesquiera actos de la normativa disciplinaria, como son las resoluciones dictadas en procedimientos de la ley 30/92, cuyo contenido material es o trae causa directa de un acto sancionador⁵⁴. Así enuncia dos supuestos concretos:

- Las resoluciones dictadas al decidir un recurso extraordinario de revisión administrativo, que el art 19.3 de la ley 30/92 residencia en el orden contencioso administrativo pero que tratándose de la revisión de actos firmes de contenido disciplinario no hay obstáculo alguno para que la ley las atribuya a la jurisdicción militar, sancionando una práctica que ya se observa en los escasos supuestos que se presentan.
- Los casos de responsabilidad patrimonial de la administración cuando la lesión o los perjuicios tengan su causa en la imposición de una sanción posteriormente revocada. Hasta el momento la reparación indemnizatoria se hace valer a través de diferentes vías y ante distintos órganos judiciales: bien de modo conjunto con la pretensión de anulación de una sanción en el recurso contencioso-disciplinario o de forma autónoma una vez obtenida la anulación de la sanción en la jurisdicción militar, con la instrucción de un expediente administrativo (art 142 de la ley 30/92) cuya resolución por el Ministro de Defensa determina la competencia de la Audiencia Nacional para conocer de la misma en única instancia. Este tratamiento dual no favorece la seguridad jurídica, ni la unidad de criterio en la materia, sino que sustrae la competencia de la jurisdicción militar de gran parte de las reclamaciones económicas en reparación de daños producidos ante la errónea aplicación de la normativa disciplinaria, acordada por los órganos judiciales de la jurisdicción militar que se ven privados de pronunciarse sobre una de las consecuencias (las indemnizatorias) a que puede conducir la revocación de la sanción. En esta dirección la sala dio un paso adelante⁵⁵ arrogándose la competencia para conocer de la resolución del Ministro que en vía de recurso anuló la sanción pero desestima la indemnización de daños solicitada conjuntamente, y la sala entra a conocer de ésta última, aunque la pretensión judicial no se ejercite de modo simultaneo a la de nulidad de la sanción, ya obtenida en vía disciplinaria. Así la sala otorga tutela judicial efectiva para juzgar si la resolución es ajustada a derecho en el pronunciamiento que inadmitió una pretensión indemnizatoria.

⁵³ L.O. 8/98, art 73

⁵⁴ FORTÚN ESQUIFINITO Ricardo «El objeto del recurso contenciosos disciplinario Militar», *Jornadas del Cuerpo Jurídico Militar*, año 2003, pág. 121 y 122.

⁵⁵ STS sala V de 23 de abril de 2002.

Francisco Javier de Mendoza Fernández argumenta que la reforma de la LPM debería ofrecer la oportunidad de dotar al recurso contencioso-disciplinario de satisfacer judicialmente todas las pretensiones que guardan relación directa con la normativa disciplinaria como son también: las medidas cautelares, la cancelación de notas incorporadas a la documentación militar y la reparación económica cuando los daños y perjuicios alegados traigan causa directa de la imposición de una sanción, posteriormente revocada.⁵⁶

b) Dictado por las autoridades y mandos militares

En definitiva, tres son los requisitos que ese exigen para que una sanción este debidamente impuesta:⁵⁷ Que la autoridad o mando que la imponga tenga potestad para ello, que el infractor le esté directamente subordinado, lo cual se producirá cuando aquél está integrado en un organismo cuyo mando natural es el que impone la sanción y que la autoridad o mando actúen dentro de los límites competenciales que en materia sancionadora fija la ley disciplinaria.

c) Acto definitivo que cause estado en vía administrativa

Se caracteriza por dos notas: acto definitivo, es decir un acto terminal que ponga fin a todos los efectos al procedimiento sancionador.⁵⁸ Esta característica conecta con que de los actos de trámite no son recurribles y que cause estado en vía administrativa, ya que pone fin a la última de las instancias administrativas, lo que supone haber agotado el sancionado los recursos administrativos admisibles⁵⁹.

2. ACTOS EXCLUIDOS

a) Actos de trámite

El art 465 L.O. 8/98 establece la irrecurribilidad de los **actos de trámite** separadamente de la resolución que ponga fin al procedimiento disciplinario,⁶⁰ esto es una manifestación del principio de concentración procedimental,⁶¹ para a través de la impugnación de la misma poder plantear todas las eventuales discrepancias que el recurrente pueda tener sobre el modo en que el

⁵⁶ DE MENDOZA FERNÁNDEZ Francisco Javier, «Los recursos contra las sentencias dictadas en materia contencioso- disciplinario militar. Necesidad de una reforma». Jornadas del Cuerpo Jurídico Militar. Año 2003. Pág. 108.

⁵⁷ SÁNCHEZ GUZMÁN Eugenio «El objeto del recurso contenciosos disciplinario militar» en la obra «Derecho Penal y Procesal Militar» CGPJ, año 1993. Pág. 688.

⁵⁸ STS sala 5ª de 3 de noviembre de 1992 (RJA 9295), STS núm. 70/1996 (Sala de lo Militar), de 18 diciembre.

⁵⁹ SÁNCHEZ GUZMÁN Eugenio. OP. CIT. Pág. 2100.

⁶⁰ STS sala 5ª de 15 de junio de 1991 (RJ 1991/5179); de 3 de noviembre de 1992, sentencia d 16 de mayo de 1995 (RJ 1995/4432), de 18 de diciembre de 1996, (RJ 1996/9559), auto TS de 19 de noviembre de 2001 (RJ 2002/3961), auto de 12 de noviembre de 1998 (RJ 1999/428), de 17 de septiembre de 1997, (RJ 55/1997).

⁶¹ SÁNCHEZ GUZMÁN Eugenio. OP. CIT. Pág. 2101

procedimiento se ha tramitado, sobre la legalidad de todos y cada uno de los actos de trámite.⁶² Ello no quiere decir que tales actos constituyan una parcela de dominio soberano de la administración sancionadora infiscalizable por los recursos, lo que se predica simplemente es que los actos de trámite no son impugnables separadamente.⁶³ Respecto al arresto preventivo⁶⁴ (art 55 L.O. 8/98), el TC⁶⁵, con independencia de la calificación que pudiera corresponder a tal arresto preventivo en un plano teórico, y desde una vertiente procesal, el análisis de su contenido en su dimensión constitucional, pone de relieve sin más que se trata de una privación de libertad y, por ello, una interpretación de las normas procesales para su protección, y considera que la calificación del arresto como simple acto de trámite, conduce a un desproporcionado formalismo, manifestación inadecuada de la forma en el Derecho cuya función es la garantía y no puede volverse contra sí misma con un rigorismo hermenéutico que, por otra parte, olvida la existencia de intereses legítimos merecedores de protección. En efecto, pese al carácter instrumental y provisional del arresto preventivo, de su engarce en un expediente principal y de su dimensión temporal, no cabe ignorar que también ofrece una consistencia propia y trasciende tales aspectos por incidir directa e inmediatamente en un derecho fundamental de quien lo ha de padecer, en este caso nada menos que la libertad, cuya pérdida irreversible puede causar aunque sea por un breve tiempo. Tal incidencia directa e inmediata determina precisamente que estos actos, fueren o no de mero trámite, disyuntiva taxonómica constitucionalmente irrelevante, deben recibir el mismo trato que los actos definitivos y las mismas garantías a la hora de su impugnación y, por tanto, de su acceso a la justicia. Así lo ha dicho ya el Tribunal (STC 21/1981, ad exemplum).

El art 465 establece una **excepción** el acuerdo de apertura del procedimiento sancionador en los supuestos previstos en el art 63 de la ley disciplinaria, cuando se haya producido fuera del plazo señalado. La razón de ser de esta norma es la de proveer una acción inmediata para mantener la disciplina,⁶⁶ pero esta facultad revisora de la calificación inicial queda sometida a un plazo inicial de caducidad de quince días por exigencia de la seguridad jurídica, transcurrido el plazo de quince días el acuerdo de apertura del procedimiento sancionador será recurrible en vía contencioso-disciplinaria. En la sentencia de 10 de octubre de 1995, se establecen los criterios, con arreglo a los cuales ha de ser interpretado el artículo 63, que son los siguientes: tanto en el supuesto de que la autoridad disciplinaria sea competente, como en el que no lo sea y haya de darse parte a esta, el acuerdo de apertura del expediente para sancionar por falta grave ha de realizarse dentro del plazo de caducidad

⁶² GARCÍA DE ENTERRIA. OP. CIT.

⁶³ SÁNCHEZ GUZMÁN Eugenio. OP. CIT. Pág. 692.

⁶⁴ STS sala 5ª, sentencias 3 de noviembre de 1992 (RJA 9295), 2 de marzo de 1994, auto 16 de marzo de 1992.

⁶⁵ STC 24/99, de 8 de marzo.

⁶⁶ STS sala 5ª de 2 de julio de 1991 (RJA 6486) de 21 de enero y 16 de noviembre de 1992 (RJA 425 y 9300) y 25 de marzo de 1993 (RJA 2192).

de quince días, contados desde la imposición de la falta leve; la dación de parte a la autoridad competente para ello a que se refiere la última parte de los artículos citados ha de haberse realizado con anterioridad a la expiación de dicho plazo, pudiendo realizarse per saltum.

b) *Actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de acuerdos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma.*

- Los actos reproducción de otros definitivos y firmes⁶⁷ ya que en estos supuestos surge la excepción de cosa juzgada. La jurisprudencia del TS viene señalando que dada la naturaleza revisora del recurso contencioso-disciplinario, el recurso puede deducirse indistintamente contra el acto sancionador originario, contra el que resuelva expresa o presuntamente el recurso interpuesto contra dicho acto o contra ambos a la vez, no autorizando por el contrario la ley que se interponga separadamente contra uno y otro, porque ello contrariaría las más elementales exigencias de la cosa juzgada, ya que si se desestima el recurso de reposición, se está reproduciendo la resolución sancionadora originaria.⁶⁸ La coexistencia del proceso contencioso-disciplinario y preferente y sumario es admitida jurisprudencialmente siempre que ambos hayan sido interpuestos en tiempo y motivados, cada uno de ellos en causas compatibles con sus respectivas finalidades. El ordinario limitándolo a los aspectos de legalidad ordinaria y el preferente y sumario con referencia a la legalidad constitucional. También es admisible que en un solo proceso ordinario se concentren cuestiones de legalidad ordinaria como de legalidad constitucional. Lo que no cabe es que ambos procesos se interpongan sucesivamente, salvo que al interponer el ordinario no hubiese transcurrido el plazo de dos meses y se limitase a cuestiones de legalidad ordinaria no abordadas por el preferente y sumario.⁶⁹
- Los confirmatorios de acuerdos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma.

Respecto a esta cuestión la sala V del Tribunal Supremo señala en la sentencia de 27 de enero de 1994 (RJ 1994/452) que es válida la notificación defectuosa por omisión de los recursos procedentes contra la resolución notificada, cuando aquélla se ha practicado personalmente al interesado y contenga el texto íntegro del acto, y no se haya hecho protesta formal en el plazo de seis meses.⁷⁰

No obstante lo anterior, cuando la resolución sancionadora señala claramente los recursos procedentes y el promovente deja pasar los preclusivos plazos la resolución deviene firme y definitiva.⁷¹

⁶⁷ STS, sala V, de 16 de mayo de 1995, (RJ 23/1995), de 30 de mayo de 1994, (RJ 1994/4460); de 21 de junio de 2002 (RJ 2002/8207); 18 de junio de 1998 (RJ 1998/5427).

⁶⁸ STS, sala V, de 25 de noviembre de 1999, (RJ 1999/9181).

⁶⁹ STS, sala v de 30 de marzo de 1992 (RJ 1992/4062); de 1 de octubre de 1998 (RJ 1998/8426)

⁷⁰ STS, sala V, de 24 de enero de 1995, (RJ 3/1995).

⁷¹ STS sala V de 15 de marzo de 1996 (RJ 1996/2841)

c) Actos que resuelvan recursos por falta leve

La inadmisibilidad del recurso contencioso-disciplinario respecto de los actos que resuelvan recurso por falta leve ha sido reiterada en diversos autos del TS⁷² y sentencias⁷³.

Se ha llegado a plantear la inconstitucionalidad del art 468 b) ante lo que el TS ha manifestado en diversas sentencias⁷⁴ la improcedencia del planteamiento al considerar que el precepto otorga tutela judicial efectiva en la protección de derechos fundamentales, impidiendo cualquier indefensión con lo que se acomoda a lo dispuesto en el art 24 de la CE y garantiza el control jurisdiccional sobre la actuación de la Administración sancionadora. La justificación de la inexistencia de recurso contencioso-disciplinario ordinario respecto de las faltas leves se justifica en que por la propia naturaleza de las mismas el legislador ha interpretado que la tutela judicial efectiva se obtiene por vía preferente y sumaria.⁷⁵

Quedaría por resolver los escasos supuestos en que, por no suscitarse cuestión en relación con los derechos fundamentales, las sanciones por falta leve queden fuera de la posibilidad de que se interponga en su contra recurso contencioso-disciplinario militar ordinario. El TC, en sentencia 39/83 de 17 de mayo (RTC 1983/39), señaló que no puede olvidarse que el control jurisdiccional de la actuación de la administración pública puede encontrar en algunos casos límites determinados, señalando como uno de ellos la actuación de un órgano especializado de la administración que, por su propia naturaleza, escapa al control jurídico. También el TC, en sentencias 97/85 (RTC 1985/97) y 180 /85 (RTC 1985/180), encontró como causa suficiente justificadora de restricciones específicas de la tutela judicial efectiva de los militares la preservación de la disciplina, lo que enlazando con las altas misiones que a las Fuerzas Armadas se atribuyen en el art 8 de la CE y la necesidad de garantizar su adecuado cumplimiento, parece aconsejar que se evite la posibilidad de que se discuta la legalidad ordinaria de estas sanciones, de manifiesta levedad.⁷⁶

La posición doctrinal es dispar:

Millán Garrido en una más que forzada interpretación que hiciese viable el pleno control judicial de la potestad disciplinaria militar, apunta la posibilidad de impugnar las sanciones por falta leve excluidas del recurso contencioso-disciplinario militar ante la jurisdicción ordinaria.⁷⁷ *Millán Garrido* opina que esta posibilidad no

⁷² Auto TS, Sala V, de 14 de diciembre de 1998 (RJ 199/462)

⁷³ STS, Sala V, 17 de abril de 2000 (RJ 2000/4064)

⁷⁴ STS, Sala V, de 17 de abril de 2000 (RJ 2000/4064), 11 de mayo de 2000 (RJ 2000/5269), 9 de octubre de 2000 (2000/10254) y 8 de junio de 2001 (2002/2962).

⁷⁵ STS, Sala V, de 13 de septiembre de 2003, (RJ 2002/8557).

⁷⁶ STS, sala V de 11 de mayo de 2000 (RJ 200075269).

⁷⁷ MILLÁN GARRIDO A. «Algunas consideraciones generales sobre la L.O. 2/89 de 13 de abril, pág. 133 y «Los recursos» pág. 776,777.

vulneraría el art 117.5 de la CE,⁷⁸ reconoce que en la vigente legalidad la propuesta es «excesivamente aventurada»⁷⁹ y muy difícilmente compatible con los art 453.1 y 468 b) de la ley procesal militar. Pero esto no obsta para afirmar la inconstitucionalidad de un sistema normativo que excluye de control determinados actos de la administración (art 106 CE) e impide a los sancionados obtener la tutela judicial efectiva (art 24.1 CE).⁸⁰

*López Ramón*⁸¹ señala que el intento de excluir la garantía judicial respecto a las sanciones por falta leve es inconstitucional y puede ser debido a una incorrecta interpretación de la doctrina mantenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el denominado Caso Engel y otros.

*Balado Ruiz-Gallegos*⁸² pone de manifiesto la dudosa constitucionalidad del antiguo art 51 de la ley 23/85 (hoy art 77.3 de la ley disciplinaria). Señala que el art 51 fue objeto de una cuestión previa de inconstitucionalidad promovida por la Audiencia Territorial de Burgos (BOE de 17 de noviembre de 1989), cuestión que el pleno del Tribunal Constitucional declaró extinguida en octubre de 1989.

*Higuera Guimerá*⁸³ sostiene que se tendría que haber dado la posibilidad de la interposición de un recurso judicial en las faltas leves, que sería resuelto por los jueces togados y el procedimiento debería ser rápido y sencillo. Sin embargo por razones de oportunidad, conveniencia y escasa relevancia como represión o privación de salida de la unidad hasta ocho días no debería establecerse un recurso jurisdiccional.

*Fernández Segado*⁸⁴ considera que la opción que apunta Millán Garrido es disfuncional, pues propiciaría dos recursos diferenciados para conocer de dos sanciones de la misma naturaleza. Además cuanto atañe al régimen disciplinario cae dentro del ámbito castrense, por lo que debe ser competencia de la jurisdicción militar.

El magistrado *Calderón Cerezo*⁸⁵ considera un verdadero déficit de tutela judicial el que la LPM no autorice un recurso ordinario contra las decisiones recaídas en la corrección de las infracciones leves. Entiende que la falta de un recurso contencioso-ordinario no se justifica por razones de mantenimiento de la disciplina, tampoco es convincente el argumento de la jerarquización militar que nada se resiente por el con-

⁷⁸ ASENCIO MELLADO J.M. «LA protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la jurisdicción militar» pág. 107-113.

⁷⁹ SÁNCHEZ DEL RÍO Y SIERRA, «Revista Jurídica de Andalucía, nº 11, 1993, pág. 452.

⁸⁰ DIEZ PICAZO «Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en Poder Judicial nº 5 (1987), pág. 44.

⁸¹ LÓPEZ RAMÓN F., «Reflexiones sobre el contencioso disciplinario militar». Revista Española de Derecho Administrativo nº 54. Abril-junio de 1987. Pág. 184 y 185.

⁸² BALAZO RUIZ GALLEGOS, «El régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas en la L.O. 12/85». Revista de Derecho Público, nº 106. Año 1987. Pág. 73 y 74.

⁸³ HIGUERA GUIMERA J. Felipe, «Derecho Penal Militar Español- Parte General». Bosch casa editorial. Barcelona 1990. Pág. 66.

⁸⁴ FERNÁNDEZ SEGADO Francisco, «El nuevo Régimen Disciplinario Militar. Reflexiones en torno a la obra Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas». Revista Española de derecho Militar». Año 2000. Pág.149.

⁸⁵ MARTÍNEZ MICO Juan Gonzalo, «El recurso contencioso disciplinario militar a la luz de la nueva ley 29/98, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa: Propuestas de Reforma». Jornadas sobre asesoramiento jurídico en el ámbito de la defensa. Año 2001. Pág. 628 y 629

trol judicial de sus actos sino que se robustece y afianza la autoridad del mando militar cuando se verifica la adecuación a derecho del ejercicio de su potestad disciplinaria. Según este magistrado mantiene dudas sobre la constitucionalidad del art 468 b) que la STC 31/2000 de 2 de febrero no resuelve al no haber llegado a plantearse la validez constitucional del recurso preferente y sumario como única posibilidad de demandar la tutela judicial frente a determinadas resoluciones administrativas, con exclusión del procedimiento ordinario.

*Martínez Micó*⁸⁶ señala que la jurisdicción militar sin perder las características que le son inherentes ha de ser una jurisdicción y como tal una manifestación de la función a la cual constitucionalmente se confía aquella tutela. En su opinión, el sistema se vería mejorado si se posibilitase la interposición de un recurso contencioso disciplinario ordinario contra los actos que resuelvan los recursos por falta leve, recurso que podría sustanciarse por los trámites de un procedimiento abreviado y ante un juez togado unipersonal, con recurso de apelación ante un tribunal militar territorial. Lo mismo haría orgánica y procesalmente con el recurso preferente y sumario. No tiene sentido que por una sanción por falta leve, a veces de escasísima entidad, se conceda recurso de casación ante la sala V. Falta por vía de recurso ordinario lo que tal vez esté de más por vía preferente y sumario.

Jiménez Sánchez (magistrado del TC) señala que no hay que perder de vista que los art 64 y 65 de la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil tienen el mismo contenido limitativo, por lo que la futura declaración del pleno del TC les será de aplicación a los preceptos señalados, si bien no parece probable que el TC extienda su aplicación a dichos preceptos⁸⁷ a tenor del art 39.1 de la L.O. que limita extender su pronunciamiento expreso a otros preceptos no impugnados que estén contenidos en la misma ley en la que se ubique el texto respecto del que se ha promovido la cuestión de inconstitucionalidad.

Fortún Esquifinito considera indispensable asegurar la plenitud material de la tutela judicial, ello conduce a que no sólo las sanciones por falta grave o el expediente gubernativo deban tener acceso pleno al procedimiento sino también las faltas leves.⁸⁸

Francisco de Mendoza Fernández considera que sería aconsejable acometer una reforma de la LPM para asegurar la plenitud de la tutela judicial en materia disciplinaria. Tal como se deduce de la ley 29/98 ninguna parcela de la actividad sancionadora debe quedar excluida de la revisión jurisdiccional, pues siendo el sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento un principio consustancial al Estado de Derecho, su reconocimiento es incompatible con la situación de que determinados actos estén exentos del control judicial, aunque estén referidos a infracciones leves La levedad de las infracciones podrá ser tenida en cuenta en la

⁸⁶ Martínez Mico Juan Gonzalo. OP. CIT. Pág. 630.

⁸⁷ JIMÉNEZ SÁNCHEZ Guillermo (Magistrado del TC), «Algunas Cuestiones que suscita el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en la actual regulación del recurso contencioso disciplinario militar», Jornadas del Cuerpo Jurídico Militar, año 2003, pág. 87.

⁸⁸ FORTÚN ESQUIFINITO Ricardo «El objeto del recurso contencioso disciplinario Militar» Jornadas del Cuerpo Jurídico Militar, año2003, pág. 120.

articulación de un procedimiento específico pero no erigirse en obstáculos que impida el control jurisdiccional de su legalidad, máxime cuando en la administración militar se imponen sanciones privativas de libertad.⁸⁹

Fernández Segado apunta que la solución sería el establecer un cauce orgánico procesal idóneo que posibilitara el conocimiento del recurso jurisdiccional por un juez togado militar, pues sería absurdo propiciar la intervención de un órgano jurisdiccional de composición compleja para el conocimiento de asuntos realmente simples.⁹⁰

EL Consejo General del Poder Judicial⁹¹ ya señaló que sería aconsejable extender las posibilidades en fiscalización judicial de los actos sancionadores definitivos de la administración militar a todos los casos, incluso cuando se trata de sanciones por falta leve, que no afecten al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona, lo que probablemente llevaría aparejada la exigencia de modificar en lo preciso la legislación sobre organización y competencias de la jurisdicción militar y la correspondiente normativa procesal militar, a fin de asegurar la debida atención de estos nuevos recursos contencioso-disciplinarios militares comunes por los órganos jurisdiccionales más adecuados para hacer frente al incremento de las demandas que, se producirían y evitar la excesiva acumulación de causas menores en tribunales superiores.

La jurisprudencia del TS⁹² ha modificado el criterio hasta ahora mantenido en el sentido de no exclusión del control jurisdiccional ordinario a las sanciones impuestas en el ámbito militar por faltas leves.

La reciente jurisprudencia del TC es importantísima la **sentencia n° 202/2002**, de 28 de octubre, el planteamiento del demandante de amparo es ciertamente sencillo, al no poderse impugnar por el cauce ordinario las resoluciones sancionadoras por infracciones leves y resultar obligado ceñirse a la vulneración de derechos fundamentales en el procedimiento preferente y sumario (art. 518 LOPM), no es posible impugnar tales actos por motivos de legalidad ordinaria, de suerte que se impide todo control judicial de la actividad sancionatoria en este aspecto.

Por ello, el TC otorga el amparo solicitado por el allí recurrente y le restablece en su derecho, declarando la nulidad de tales resoluciones al momento de inadmisión del recurso contencioso-disciplinario ordinario. Además, la sala en aplicación a lo establecido en el art 55.2 de su L.O. elevó al pleno la cuestión de inconstitucionalidad respecto de los art 468 b) y 453.2 de la LPM, en el inciso «por falta leve» al apreciar que estos textos están en contradicción con el art 24.1, 106 y 117.5 de la CE.

⁸⁹ DE MENDOZA FERNÁNDEZ Francisco Javier, «Los recursos contra las sentencias dictadas en materia contencioso- disciplinario militar. Necesidad de una reforma». Jornadas del Cuerpo Jurídico Militar. Año 2003. Pág. 108.

⁹⁰ FERNÁNDEZ SEGADO Francisco, «El nuevo Régimen Disciplinario Militar. Reflexiones en torno a la obra Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas». Revista Española de derecho Militar». Año 2000. Pág. 150.

⁹¹ CJPI, informe de mayo de 1997

⁹² STS 22 de noviembre de 2004 y 24 de septiembre de 2004.

PRETENSIONES

La pretensión procesal es el elemento objetivo básico del proceso.⁹³ La pretensión acota el contenido del proceso, fija sus límites concretos, condiciona su tramitación y resultado y delimita el ámbito en el que ha de moverse el juzgador.⁹⁴ El objeto lo constituye la pretensión procesal, que es aquella declaración de voluntad por la que se solicita del órgano jurisdiccional tutela frente a una persona determinada y distinta del autor de la declaración.⁹⁵

Tradicionalmente, las pretensiones procesales se han clasificado en pretensiones de anulación y pretensiones de plena jurisdicción,⁹⁶ esta clasificación tiene su origen en el trasvase de las construcciones conceptuales francesas a nuestro derecho administrativo.⁹⁷

La ley procesal militar señala que el demandante podrá pretender la declaración de no ser conformes a derecho y en su caso la anulación de la sanción según el capítulo precedente. Además podrá pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda.⁹⁸

Respecto a la indemnización de daños y perjuicios hay que señalar lo siguiente:

1. El derecho a la indemnización que derivada de la anulación de una resolución no se origina automáticamente por la estimación del recurso formulado. Aunque esto no se establezca de modo terminante en ningún precepto de la legislación militar aplicable, si se dispone en el art 142.4 de la ley 30/92, de 26 de noviembre, aplicable como supletoria de la Ley de Régimen Disciplinario de las FFAA y en el que expresamente se declara que la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativos no presupone derecho a la indemnización.
2. La petición de daños y perjuicios es consecuencia de la existencia de un derecho reconocido, la pretensión fundamental es éste y aquélla una medida complementaria, más o menos importante, pero que nunca existe por sí misma.⁹⁹
3. La indemnización de daños y perjuicios hay que solicitarla en el escrito de demanda con pruebas y que se concrete en el acto de la vista o conclusiones quedando su determinación para el periodo de ejecución de sentencia. Esto es consecuencia del carácter contradictorio del procedimiento en que dicha pretensión ha de formularse, porque, fijado el ámbito del debate procesal en la demanda para la viabilidad de esa pretensión ha de haberse introducido

⁹³ BAENA DEL ALCAZAR Mariano. OP. CIT Pág. 253.

⁹⁴ GARCÍA DE ENTERRIA Eduardo, TOMAS RADOM FERNÁNDEZ. OP. CIT Pág. 612.

⁹⁵ SÁNCHEZ GUZMÁN Eugenio. OP. CIT. Pág. 2103

⁹⁶ BAENA DEL ALCAZAR Mariano. OP. CIT. Pág. 254.

⁹⁷ GIMENO SENDRA Vicente, GARBERI LLOBREGAT José y GONZÁLEZ- CUELLAR SE-RRANO Nicolás, «Derecho Procesal Administrativo», pág. 275

⁹⁸ L.O. 2/89, art 469.

⁹⁹ STS, sala 5ª, 6 de octubre de 111992, (RJ 1992/8498).

en el debate, sino la cuantía, a menos la realidad y naturaleza de los daños y perjuicios cuya indemnización se pretende, a fin de que la contraparte pueda, con los necesarios elementos de juicio, impugnar o aquietarse a dicha pretensión, ya que de otra forma la garantía esencial de contradicción que ha de imperar en el procedimiento y que consagra el art 24 de la CE se vería esencialmente conculcado. Así el art 490 señala expresamente que «En el acto de la vista o en los escritos de conclusiones no podrán plantearse cuestiones no suscitadas en los escritos de demanda y contestación», esto ha sido reiterada doctrina de la Sala V.¹⁰⁰

4. Los daños y perjuicios hay que probarlos,¹⁰¹ incumbe a la parte que reclama la indemnización de daños y perjuicios la prueba de que aquellos han sido causados.¹⁰² No obstante lo anterior, puede deferirse al periodo de ejecución de sentencia la concreta determinación de la cuantía. Por otra parte, respecto a la exigencia de prueba, la antigua jurisprudencia de la Sala V exigía de modo terminante este requisito, pero en la sentencia de 2 de febrero de 1993 se establece textualmente que en el supuesto de daños morales, cuando la existencia de esos daños se derive inequívocamente, la declaración indemnizatoria que, en principio, ha de ser consecuencia de una valoración de la prueba practicada a petición de parte, puede también ser el resultado del sólo raciocinio judicial cuando esta declaración resulte inherente a la reparación exigida en justicia por un mal indebidamente producido».
5. La indemnización por daños y perjuicios no solamente es aplicable en los supuestos de faltas graves sancionadas con privaciones de libertad sino que también puede ser referido a los supuestos en que se trate de una anulación de una sanción por falta leve que lleva aparejado un arresto restrictivo de libertad.¹⁰³ Este pronunciamiento no es nuevo en la jurisprudencia de la sala 5ª, implícitamente se ha admitido en anteriores sentencias de la misma.¹⁰⁴

SUJETO

Están **legitimadas** para demandar la declaración de no ser conformes a derecho y, en su caso, la anulación de los actos en materia disciplinaria militar, así como para pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y el restablecimiento de la misma, las personas a quienes se haya impuesto una sanción de las señaladas en la Ley Disciplinaria.¹⁰⁵ Si el sancionado en vía disciplinaria militar fallece durante los plazos de interposición del recurso contencioso-disciplinario militar o

¹⁰⁰ STS, sala 5ª, 14 de julio de 1993 (RJ 1993/5658), 10 de marzo de 1994 (RJ 1994/2277), 28 de febrero y 8 y 29 de mayo de 1995 (RJ 1995/1640 y RJ 1995/4435).

¹⁰¹ STS 20 abril y 6 de octubre de 1992 (RJ 1992/4065 y 1992/8498), 27 de abril 1993 (RJ 1993/1073), 23 de octubre de 1990 (RJ 1990/8096), 2 de febrero de 1992 (RJ 1993/1073), 8 de mayo d 1995, 9 de mayo de 1998 (RJ 1998/4950), 23 d abril de 1998 (RJ 1998/4366), 3 de febrero de 1998 (RJ 1998/1902) y 26 de diciembre de 2000 (RJ 2001/3817).

¹⁰² STS 27 de abril de 1993 (RJ 1993/2784).

¹⁰³ STS, sala 5ª, de 9 de mayo de 1997, (RJ 1998/4950).

¹⁰⁴ STS, sala 5ª, de 20 de abril y 6 de octubre de 1992, (RJ 1992/4065 y 1992/8498).

¹⁰⁵ L.O. 2/89 Procesal Militar, art 459.

estuviere ya interpuesto, están legitimados para interponerlo o continuarlo su cónyuge supérstite o persona ligada a aquél por una relación estable de convivencia efectiva, o sus herederos.¹⁰⁶

Solo puede recurrir el sancionado, ello supone una serie de excepciones: no puede recurrir el encartado que luego haya sido absuelto¹⁰⁷; no cabe la invocación del derecho al honor por quien no ha sido sancionado¹⁰⁸; no está legitimado el autor del parte militar.¹⁰⁹

También se admite la legitimación «honoris causa» o sustitución procesal¹¹⁰ en el supuesto del art 460. La ley 29/98 establece que está legitimadas las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo.¹¹¹ Por tanto, considero que la legitimación «honoris causa» que prevé la ley procesal militar entraría dentro del concepto de interés legítimo de prevé la ley de jurisdicción contencioso administrativa.

La **legitimación pasiva** la ostenta la administración sancionadora en la vía disciplinaria militar.¹¹² No se admitirá coadyuvantes,¹¹³ en el recurso contencioso disciplinario militar. Ello significa que sólo se reconoce la existencia del interés público en el mantenimiento de la resolución sancionadora.¹¹⁴

Paralelamente a esto en la ley 29/1998 ya se ha suprimido la figura del coadyuvante (que si se recogía en la LJCA de 1956), cuando ninguna diferencia hay ya entre la legitimación por derecho subjetivo y por interés legítimo.¹¹⁵ Desde el momento que la nueva ley otorga legitimación, tanto activa como pasiva, a quienes ostenten un derecho o interés legítimo, sólo cabe hablar de parte demandada.¹¹⁶

En el recurso contencioso disciplinario ordinario aparecen, como en el contencioso-administrativo del que sigue la pauta, dos únicas partes: el sancionado, que formula la pretensión y la administración sancionadora frente a la cual se formula la misma, representada y defendida por la Abogacía del Estado. No aparece en la regulación del contencioso disciplinario militar ordinario la figura del Fiscal Jurídico Militar, ni por tanto se le atribuye la condición de parte ni intervención alguna a lo largo de la tramitación del procedimiento. Por el contrario en el preferente y sumario, a las dos partes ordinarias existentes en el procedimiento ordinario, sancionador y sancionado, surge y se añade la Fiscalía Jurídico Militar, al disponer expresa y lacónicamente la LPM en el art 518 letra a) que «será parte en el procedimiento de la Fiscalía Jurídico

¹⁰⁶ L.O. 2/89, art 460.

¹⁰⁷ SÁNCHEZ GUZMÁN Eugenio, «Comentarios a las leyes procesales militares» (Tomo II), Ministerio de Defensa Ley 2/89, pág. 2093.

¹⁰⁸ STS, sala V, de 19 de septiembre de 1995

¹⁰⁹ STS (Sala de lo Militar) de 5 octubre 2005, RJ 2005/8311; STS (Sala de lo Militar) de 15 julio 2005, RJ 2005/9055, STS (Sala de lo Militar) de 20 febrero 2006, RJ 2006/1558.

¹¹⁰ MILLÁN GARRIDO Antonio, «Comentarios a la ley disciplinaria de la guardia civil», pág. 785.

¹¹¹ Ley 29/98, art 19.1.

¹¹² L.O. 2/89, art 461.

¹¹³ MILLÁN GARRIDO Antonio «Comentarios a la ley disciplinaria de la Guardia Civil», pág. 784

¹¹⁴ JIMÉNEZ VILLAREJO, «Potestad disciplinaria y control jurisdiccional». Pág. 74

¹¹⁵ Ley 29/98, Exposición de Motivos.

¹¹⁶ BAENA DEL ALCAZAR Mariano, op, cit, pág. 191.

Militar», consecuencia de las funciones y misiones que el art 124 de la CE y el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal le atribuyen.¹¹⁷

La razón de ser de su intervención reside en el valor que en nuestro ordenamiento constitucional se confiere a los derechos fundamentales, de manera que, su presunta violación trasciende el ámbito social del que es valedor el ministerio público.¹¹⁸

Comentario aparte merece la ausencia de la fiscalía jurídico militar en el procedimiento contencioso-disciplinario militar ordinario,¹¹⁹ cuestión que ha sido objeto de estudio por diversos autores¹²⁰, entre los que debe destacarse las magistrales aportaciones de Jiménez Villarejo.

Desde mi punto de vista, se suscitan las siguientes cuestiones:

1. Por una parte, no se comprende fácilmente que se haya apartado de este procedimiento a la fiscalía jurídico militar, teniendo en cuenta la naturaleza »cuasi« penal del derecho disciplinario militar, por más que nuestro legislador no haya querido tomar parte en la «Vieja polémica» el carácter de interés público tutelado por la ley que indiscutiblemente tiene la disciplina y la importancia en perspectiva constitucional de los derechos e intereses que pueden resultar afectados por las sanciones disciplinarias.
2. Pero por otra parte, no es ocioso recordar, para alejar toda sombra de disfuncionalidad en relación con la debida protección de la disciplina, ocasionada por una hipotética intervención de la fiscalía en el procedimiento contencioso-disciplinario, que la fiscalía está asimismo obligada a la observancia de los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica. Asimismo, el Ministro de Defensa puede impartir órdenes e instrucciones al Fiscal Togado referentes a las actuaciones que deben adoptarse para la mejor aplicación de las leyes ante los Tribunales y Juzgados Militares, así como en defensa del interés público en el ámbito militar.¹²¹ Por tanto, el Fiscal Togado, a su vez, transmitirá las referidas órdenes al resto de la fiscalía jurídico militar, por lo que en última instancia, entre la misma y la administración existe un innegable vínculo de dependencia jerárquica aunque atemperado por la figura intermedia del Fiscal General del Estado y la preeminencia de los principios de legalidad e imparcialidad.

¹¹⁷ POZUELO SOLER Carlos, «Recurso contenciosos disciplinario militar. Intervención del Fiscal jurídico militar». Jornadas sobre Asesoramiento Jurídico en el ámbito de la defensa. Año 2002. Pág. 396.

¹¹⁸ POZUELO SOLER Carlos, op, cit, pág. 396.

¹¹⁹ JIMÉNEZ VILLAREJO «Potestad Disciplinaria y control jurisdiccional». Ed Colex 1991. pág. 76,77.

¹²⁰ SÁNCHEZ DEL RÍO, «Alunas observaciones críticas sobre el procedimiento contencioso-disciplinario». Reuniones de trabajo del Ministerio Fiscal Jurídico Militar. Marzo 1991, pág. 77 y ss.

¹²¹ Ley 4/87, art 92.

5. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA EN EL PROTECTORADO ESPAÑOL DE MARRUECOS Y LA IMPORTANCIA DEL SISTEMA DEL ACT TORRENS

*M^a Victoria Cascallana de la Varga
Teniente Auditor*

SUMARIO: I. Introducción. 1. Valoración socio-jurídica del régimen de propiedad en Marruecos a principios del siglo XX. 2. La falta de títulos de propiedad inmobiliaria. 3. La problemática de la estructura parcelaria. 3. A. Las causas. 3. B. Consecuencias. II. Las formas jurídicas de la propiedad en Marruecos y la clasificación establecida por el Dahir de 4 de octubre de 1930. III. El sistema registral australiano. 1. Características. 2. Formula ecléctica empleada en la Zona Jalifiana. 3. Objetivos perseguidos por el Dahir de 1 de julio de 1914. 4. Práctica registral contenida en el Dahir de Inmuebles. IV. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Tras la firma el 7 de abril de 1906 en Algeciras del Acta General de la Conferencia Internacional que lleva el mismo nombre, entre las potencias europeas, se produce el reparto físico del territorio de Marruecos entre España y Francia, como consecuencia de la práctica división del continente africano entre las principales naciones europeas. A España le corresponde el Protectorado sobre las zonas más pobres y belicosas del reino de Marruecos, donde la autoridad de su Majestad Xerifiana el Rey de Marruecos apenas podía llegar, esto es, el país de la Yebala y el Rif, que para situarlos abarcan la costa norte de Marruecos en el área mediterránea y cubren la llamada meseta¹, abarcando una extensión de 22.790 km².

¹ PALAU Y CUEVAS, J.A (2004), Estatuto Legal de los Destacamentos Militares de las Islas y Peñones de Melilla: Alhucemas, Vélez de la Gomera y Chafarinas, Revista Española de Derecho Militar, núm. 83, p. 236.

1.1. Valoración socio-jurídica del régimen de propiedad en Marruecos a principios del siglo XX

Marruecos era un país eminentemente bereber y morisco. La islamización completa no llegó al fondo del alma bereber, ni siquiera su arabización pudo llegar a ser total a pesar de los grandes intentos para imponerla, así el 58% de la población era arabófona; en un 28% berberófona; siendo el 14% bilingüe.

¿Y en el orden jurídico de la época cómo se reflejaba esta disparidad? Conocida era la distinción que establecían autores consagrados al estudio del derecho marroquí entre el país de *xara* –ley islámica– y el país de *izref* –derecho consuetudinario bereber–. Se calculaba que un 50% de la población bereber había aceptado la ley alcoránica según la escuela malequita²; el otro 50% la rechazaba, se atenía a su tradición jurídica, a su *izref*, y consideraba tan extranjero el Derecho musulmán como el europeo. Y en ese país de costumbre, el fundamento del régimen de la tierra era la propiedad privada, por la cual el bereber sentía un amor tan hondo que le llevaba a una defensa a ultranza de sus terrenos, sacrificando si era necesario su propia vida.

Los bereberes se consideraban propietarios soberanos en su territorio, este no era susceptible de conquista y no tenía la naturaleza de bien de la comunidad musulmana, con lo que ostentaban la propiedad plena y no pagaban ningún derecho por el uso de las tierras³. Las tribus árabes de las llanuras, por el contrario, ocupaban tierras de conquista, bienes considerados como pertenecientes a la comunidad musulmana y por los que tenían que pagar el consiguiente *jaray* o *naiba* –canon religioso de su comunidad–, signo del dominio útil de la comunidad islámica, representante en la tierra de Dios, a quien pertenece el dominio eminente de todo lo que existe⁴.

Por otra parte, además de un Derecho marroquí y de un Derecho bereber, en Marruecos hay que tener en cuenta el Derecho europeo, elaborado en tratados y pactos internacionales, como el Convenio de Madrid de 1880 y el Acta de la Conferencia de Algeciras de 1906, que reconocieron la transmisión de la propiedad de la tierra a favor de los súbditos de las potencias extranjeras, no negada, por lo demás, en el Derecho islámico, que ni siquiera rechazaba la apropiación de una tierra muerta al que no sea musulmán. Y a todo esto se agregó la legislación que iba instituyéndose bajo la inspiración de los Protectorados con marcada evolución hacia los regímenes europeos.

Así la organización jurídica de la propiedad territorial en Marruecos demandaba una obra legislativa y administrativa en consonancia con la realidad social imperante. Esa obra sería una condición sine qua non para impulsar ordenada y progresivamente la evolución de Marruecos⁵.

² La Escuela Malequita tiene sus fuentes en el Derecho musulmán tradicional.

³ CAPDEQUI Y BRIEU, M. (1923), Apuntes sobre la Zona de Protectorado Marroquí Español, San Fernando, Madrid, p.150.

⁴ ANTONIO DE SANGRONIZ, J. (1926), Marruecos sus Condiciones Físicas, sus Habitantes y las Instituciones Indígenas, Sucesores de Rivadeneyra (S.A.), Madrid, p. 298.

⁵ GARCÍA FIGUERAS, T. y RODA JIMÉNEZ, R. (1950), Economía Social de Marruecos, Instituto de Estudios Africanos, Madrid, Vol. I, pp.217-218.

1.2. La falta de títulos de propiedad inmobiliaria

En Marruecos, frente a las pretensiones del soberano, se había erguido siempre un propietario indígena cuyo derecho, está acreditado, en ciertos casos por verdaderos títulos, y en las mayores ocasiones por una posesión legal que equivalía prácticamente a la propiedad⁶. La causa de ausencia de titulación la expone ⁷Amar, que fue uno de los primeros autores que estudió el problema de la tierra, diciendo: «Este desdén de los marroquíes hacia los títulos de propiedad escritos no obedece, como pudiera creerse, a la ignorancia de los rurales o a un vicio especial de organización de la propiedad inmueble. Obedece más bien a que el derecho musulmán pone por encima de todas las demás, la prueba por testigos. El testimonio oral es la prueba por excelencia. El escrito no es considerado más que como la comprobación material de un testimonio. Y es esta la razón de que la *beyyina* –prueba escrita–, haya de ser formada por dos *adules* –notarios–, que son en el fondo dos testigos cuya probidad está reconocida por el *Cadí* –juez musulmán– que los ha instruido. Así, el título de propiedad es la excepción; la regla general es la ausencia de título escrito».

La propiedad inmobiliaria se basaba sobre todo en la posesión adquisitiva y prescriptiva, cuya duración la fijaba el derecho musulmán, entre los miembros de una misma familia, en cuarenta años y con respecto a terceros, en diez años⁸. En caso necesario podía formalizarse dicha posesión adquisitiva mediante un documento testimonial denominado *moulkia* –acta notarial de propiedad– que redactaban dos *adouls* o *adules*, en la que trascribían el testimonio oral de al menos doce personas, esta información se denominaba *biina*.

Para que la *moulkia* fuera conforme a derecho, dichos testigos tenían que certificar en sus declaraciones que el interesado ostentaba realmente la titularidad de la finca durante diez⁹ o cuarenta años, según el caso, y que durante todo este tiempo se trataba de una posesión pacífica e indubitada y que se comportaba ostensiblemente como el legítimo propietario de ese bien.

La transmisión de la propiedad de dicho bien se efectuaba conforme a las normas generales del derecho musulmán: la herencia, el legado, la donación y demás cesiones inter vivos que, pese a las prescripciones coránicas, no siempre se hacían en documento.

Sin embargo Amar, hace notar que a demás de los *dahires*¹⁰ por los cuales los sultanes han hecho concesiones de propiedades particulares, no faltaban en Marruecos fincas privadas cuyos títulos se remontan a más de doscientos cincuenta años.

⁶ GARCÍA FIGUERAS, T. y RODA JIMÉNEZ, R. (1950), *Economía Social de Marruecos*, Instituto de Estudios Africanos, Madrid, Vol. I, p.217.

⁷ AMAR, E. (1913), *L'Organisation de la Propriété Foncière au Maroc*, París.

⁸ LAHKIM BENNANI, M. (2006), *El Régimen de la inmatriculación registral en Marruecos*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 698, p. 2422.

⁹ CAPDEQUI Y BRIEU, M. (1926), *Apuntes sobre la Zona de Protectorado Marroquí Español*, San Fernando, Madrid, p.155.

¹⁰ El Dahir es un decreto firmado por el Sultán, en tiempos de los protectorados español y francés sobre Marruecos. A través de estos decretos se pretendían diferenciar los ordenamientos jurídicos de las

1.3. LA PROBLEMÁTICA DE LA ESTRUCTURA PARCELARIA

La propiedad privada territorial de principios del siglo XX solía presentar en Marruecos dos formas de tenencia, que pueden denominarse propiedad mancomunada y propiedad individualizada¹¹. La primera constituye propiamente un sistema de copropiedad resultante de la indivisión familiar del patrimonio, cuya base se sustenta en las herencias, el ejercicio del derecho de retracto entre condueños y el de la facultad de oponer a la acción divisoria la prueba del ánimo de lucro, instrumentos jurídicos recogidos todos en la Ley islámica. Se conseguía así, la estabilidad de la hacienda y como resultado una amplia extensión de terreno que desde una vertiente negativa se podía traducir en la presencia de tierras en barbecho o abandonadas. La segunda responde a una finca individualizada, en la que esa estabilidad desaparece bajo la acción divisoria del régimen hereditario, estamos así en presencia de la división progresiva del minifundio o parvifundio¹² –parcela microscópica– y que es a lo que conduce el sistema sucesorio del derecho musulmán. Por todo ello la agricultura marroquí fluctuaba entre dos extremos viciosos.

1.3. A. *Las causas*

La indivisión familiar del patrimonio enervaba las energías de muchos de los miembros de las familias que mantenían en común sus propiedades y sustraían sus esfuerzos útiles a la producción. Esta indivisión era consecuencia decisiva de dos factores:

- 1.- Las condiciones del medio natural y del género de vida.
- 2.- El régimen hereditario previsto en el derecho musulmán tradicional.

Con relación al análisis del primero de los factores, existen regiones (Marruecos oriental y sahariano) donde la insuficiencia de lluvias no permite un cultivo fructífero de los campos y no pueden subsistir las familias de forma sedentaria, en tales circunstancias la población de éstos territorios se encuentra disgregada y la familia integrada en un sistema de patriarcado que subsiste del nomadismo, de esta manera, ni los grupos pueden disolverse, ni las familias repartir bienes en cada sucesión, ya que no encontrarían extensión territorial suficiente para establecerse, ni masa de semovientes suficientes susceptible división; en conclusión, una división supondría la ruina para los miembros del grupo.

El segundo de los factores traía causa en el sistema hereditario alcoránico, el cual tras clasificar a los herederos según el grado de parentesco, los divide en dos categorías: legitimarios y no legitimarios. Los primeros tienen señalada su cuota fija

poblaciones bereberes de la Ley islámica. En opinión de algunos autores la promulgación del Dahir por las autoridades del Protectorado actuó de catalizador del nacionalismo marroquí.

¹¹ LLORD O'LAWLOR, M. (1935), Régimen y Administración de las propiedades del Majzén y Colectividades Indígenas, Conferencia dada para el Curso de Perfeccionamiento de Interventores, Biblioteca Militar de Melilla, p.12.

¹² GARCÍA FIGUERAS, T. y RODA JIMÉNEZ, R. (1950), Economía Social de Marruecos, Instituto de Estudios Africanos, Madrid, Vol. I, p.237.

en la *xara* o ley alcoránica, los segundos participan a partes iguales en la masa hereditaria que queda sobrante después de pagada la legítima; este sistema puede conllevar a que si estamos en presencia de un grupo familiar numeroso, como es habitual en Marruecos, la parte correspondiente a algunos herederos puede reducirse a porciones tan pequeñas que no sean susceptibles de explotación, por lo que en beneficio de la explotación rural conviene mantener la indivisión¹³.

1.3. B. Las consecuencias

El fraccionamiento excesivo de las labranzas tiene fatales consecuencias económicas y sociales, la explotación del suelo fraccionado es más difícil, más oneroso y menos remunerado que las labranzas concentradas en una unidad cultural adecuada. Con lo que una explotación en estas condiciones sólo puede conducir al endeudamiento y la ruina del cultivador.

Estas eran las consecuencias negativas de la propiedad rústica en la Zona Jalifiana española¹⁴ –zona de influencia española en Marruecos–, donde las dificultades para remediarlas se acrecientan con la obligación de respetar las instituciones y los usos del país¹⁵.

2. LAS FORMAS JURÍDICAS DE LA PROPIEDAD EN MARRUECOS, LA CLASIFICACIÓN ESTABLECIDA POR EL DAHIR DE 4 DE OCTUBRE DE 1930

Desde sus comienzos, nuestro Protectorado se preocupó de reordenar y sanear la situación caótica de la propiedad inmobiliaria, así fue nombrada una comisión española para investigar y redactar los textos legales que habían de regir en nuestra zona de Protectorado. Esa comisión desarrolló eficazmente la labor encomendada. En virtud del Dahir de Inmuebles de 1 de julio de 1914, se crea un Registro de inmuebles en la Zona Jalifiana, que sirve de base a todo el desarrollo normativo posterior que tiene como objeto la legalización de la propiedad inmueble.

De conformidad, al Dahir de 4 de octubre de 1930¹⁶ los bienes inmuebles pueden clasificarse en tres categorías:¹⁷

¹³ GARCÍA FIGUERAS, T. y RODA JIMÉNEZ, R. (1950), *Economía Social de Marruecos*, Instituto de Estudios Africanos, Madrid, Vol. I, p.238.

¹⁴ A lo largo del estudio con la mención de Zona Jalifiana, me referiré a la Zona Jalifiana española. Jalifa, es un título que significa sucesor, representante o vicario y que suele designar en castellano, a la máxima autoridad marroquí en el Protectorado Español en Marruecos.

¹⁵ GARCÍA FIGUERAS, T. y RODA JIMÉNEZ, R. (1950), *Economía Social de Marruecos*, Instituto de Estudios Africanos, Madrid, Vol. I, p.241.

¹⁶ MORA REGIL, E. y RODRÍGUEZ AGUILAR C. (1947), *Leyes de Marruecos*, Reus, Madrid, pp.109-114.

¹⁷ GARCÍA FIGUERAS, T. y RODA JIMÉNEZ, R. (1950), *Economía Social de Marruecos*, Instituto de Estudios Africanos, Madrid, Vol. I, p.219.

1.- Bienes de dominio público, entre los que se observa a su vez la clasificación de:

- A) Los destinados para uso común y comprendidos en el artículo 1.a) del Dahir, tales como: carreteras, caminos, canales, senderos, calles, costas, puertos, playas, ríos, arroyos, lagunas, pozos, manantiales, abrevaderos públicos y demás de análoga naturaleza.
- B) Los que sin ser de uso común, están destinados a un servicio público o al fomento de la riqueza en general y son los recogidos en el artículo 1. b) del Dahir.

Según el artículo 2 del Dahir, estos bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles, si dejaran de estar afectos al uso común o servicio público podrían ser enajenados aunque solamente bajo determinadas condiciones.

2.- Bienes de dominio privado, artículo 1.d) del Dahir, que pueden a su vez dividirse en otras dos categorías:

- A) Los pertenecientes al *Mazjén* –Comunidad musulmana, entendida como colectividad política– y otras entidades públicas.
- B) Los bienes que corresponden a los particulares, tanto individual como colectivamente.

De conformidad a los artículos 3 y 4 del Dahir, los bienes comprendidos en esta categoría, podrán ser enajenados o gravados por el propio *Mazjén* si están incluidos en su patrimonio y para los demás casos se exigirá siempre la autorización previa del *Mazjén*.

3.- Bienes de naturaleza especial, artículo 1.c) del Dahir, grupo en el que se incluyen las siguientes clases:

- A) Terrenos ocupados en común por las cábilas u otros núcleos semejantes de la propiedad indígena.
- B) Tierras de las tribus del *Guich*. Para pagar a los soldados, el Sultán concedía a estos el usufructo de ciertas tierras, constituyendo así las llamadas tribus del *Guich*, estas tribus formaban colonias de soldados al servicio permanente del Sultán.
- C) Los bienes del *Habus*, propiedad imprescriptible e inalienable de la comunidad musulmana.
- D) Los bienes del *Bit-el-Mal* o del Tesoro Público.
- E) Las minas.
- F) Las tierras muertas. Son aquellas que a nadie pertenecen y su dominio eminente corresponde al *Mazjén*.

Sobre este tercer grupo de propiedades, tiene el *Mazjén* un derecho de tutela y de intervención. No pueden adquirirse, concederse o enajenarse, según los casos sin autorización *mazjeniana*. Y de acuerdo con este principio estas propiedades tienen una legislación especial (Artículos 5 a 11 del Dahir de 1930).

3. EL SISTEMA REGISTRAL AUSTRALIANO

El sistema australiano fue concebido por el Registrador General de la colonia inglesa de Australia del Sur, Sir Robert Richard Torrens, con el nombre de *Registration of Title*, y aprobado por el Parlamento de Australia, fue promulgado por la Ley denominada *The Real Property Act* de 2 de julio de 1858. Es llamado comúnmente sistema del Act Torrens o simplemente Ley Torrens. Esta Ley revolucionó el método de inscripción y registro del título de propiedad de la tierra e introdujo el mismo sistema utilizado para la inmatriculación de barcos.¹⁸ Fue pronto copiado o imitado por alguno de llamados países nuevos, pero no en los del continente europeo, aunque en él se señala como parejo el sistema germánico, no nacido del australiano, sino que, al contrario, le sirvió de precedente.¹⁹

3.1. Características

En el sistema australiano se parte de la idea de considerar al Estado como propietario de todas las fincas del país; no se habla de propiedad sino de tenencias. No se habla tampoco de títulos sino de certificados de títulos. Este sistema se aplica a inmuebles sobre los cuales ya se ha obtenido su inmatriculación, de forma que la delimitación, medición y comprobación de la existencia de la finca son previas a la inscripción.²⁰

Para inmatricular una finca hay que presentar en el Registro el título que demuestre que es propietario de la misma y además es necesario que se adjunte un plano. El artículo 48 de la *Real Property Act*, establece que si el título coincide con el plano de la finca, se inscribirá por duplicado un certificado de titularidad; un ejemplar se archiva en el Registro y otro se entrega al propietario, con el fin de que pueda usarlo posteriormente cuando pretenda inscribir otra clase de documento, ya que contiene la historia de la finca, con su número y registro particular. El procedimiento de ingreso de la finca en el Registro es bastante riguroso, ya que se comprueban minuciosamente los datos físicos del inmueble y su titularidad jurídica, para unificarlos en un título que se depositará en la oficina correspondiente. Este certificado tiene una función probatoria, consignándose en él todos los cambios que se produzcan, además de mencionar todos los derechos reales que graven el fundo y de incluir un plano comprobado por topógrafos oficiales.²¹

Síntesis de los caracteres del Sistema del Act Torrens:

- 1.- Es obligatorio para las transmisiones de tierras no inscritas y facultativo para los actos derivados de predios inscritos. Y en cada Estado habrá un Registro

¹⁸ ESTUDIOS DE DERECHO COMPARADO, EL SISTEMA REGISTRAL AUSTRALIANO, <http://www.ua.es/aedire/estudios1002.htm>. (26/08/2010, 17.55)

¹⁹ GARCÍA FIGUERAS, T. y RODA JIMÉNEZ, R. (1950), *Economía Social de Marruecos*, Instituto de Estudios Africanos, Madrid, Vol. I, p.247.

²⁰ LA CRUZ BERDEJO, J.L. (2003), *Elementos de Derecho Civil Derecho Inmobiliario Registral*, Dykinson, Madrid, Vol. III bis, pp. 20-22.

²¹ ESTUDIOS DE DERECHO COMPARADO, EL SISTEMA REGISTRAL AUSTRALIANO, <http://www.ua.es/aedire/estudios1002.htm>. (26/08/2010, 17.55).

- de la Propiedad y un Registrador General, los notarios no intervienen en la formalización de las transmisiones sobre derechos reales inmobiliarios.
- 2.- Su inscripción requiere que conjuntamente con el título y antecedentes legales del mismo, el propietario presente el ya mencionado plano que incluya la ubicación y linderos.
 - 3.- La inscripción es garantizada con un fondo de seguro por el Estado, formado por el pago de una prima en el momento de practicar la inscripción, lo cual cubre los daños ocasionados no sólo por los errores registrales, sino también los derivados de la insolvencia del perseguido por una reivindicación.
 - 4.- En las inscripciones practicadas se predica el Principio de invulnerabilidad del que se deducen cuatro presunciones iuris el de iure:
 - A.- presunción de validez del derecho inscrito y del negocio de transmisión,
 - B.- presunción de integridad del Registro, lo que no está inscrito no existe,
 - C.- presunción de exactitud del certificado,
 - D.- presunción de posesión del derecho inscrito.
 - 5.- Para que el título tenga valor ha de coincidir con el Registro, en caso de discordancia prevalece el Registro. Se protege así la fe pública registral.
 - 6.- El registro se lleva mediante folio real, por fincas. Y rige el principio de publicidad real y no personal, cada propiedad tendrá una cuenta abierta en el Libro Registral.²²
 - 7.- Rige el principio de tracto sucesivo.
 - 8.- Carácter abierto del registro, cualquier persona puede examinar los libros y pedir notas de los asientos. Las consultas son públicas y gratuitas.
 - 9.- No existe en realidad el Catastro, entendido como en otros países, ya que se encuentra ubicado en la misma oficina del Registro, por lo tanto se hayan fusionadas ambas oficinas, esto se traduce en la concordancia del Registro con la realidad física, en cuanto las fincas acceden al mismo.
 - 10.- Este sistema reduce los costes derivados de la enajenación la finca. Toda vez que las transmisiones se verifican mediante una manifestación del vendedor redactada conforme a un formulario fijado por la *Real Property Act –memorandum of transfer–*, este documento es el que se presenta en el Registro junto con el certificado del título en poder del vendedor. No siendo así necesario el otorgamiento de escritura pública. No obstante, también facilita el arrendamiento o la transmisión de cualquier otro derecho real sobre el inmueble registrado.

3.2. Fórmula ecléctica empleada en la zona jalifiana

El Dahir de Inmuebles inserto en el Boletín Oficial de la Zona el 10 de junio de 1914, está inspirado en un criterio ecléctico, que se funda en los principios del siste-

²² DE LA FUENTE JUNCO, A. (1974), Significado y Alcance de la Publicidad en los Sistemas Hipotecarios de Folio Personal y Folio Real, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Nº 502, pp. 607-610.

ma registral australiano para formalizar la primera inscripción en el Registro y en la legislación hipotecaria española para todas las inscripciones sucesivas.

Este sistema calificado por algunos autores como «acertado engranaje» de la Real Property Act con nuestra Ley Hipotecaria, así como de «sano y excelente eclecticismo»²³, responde a la necesidad de hermanar el mandato imperativo que recibió la comisión redactora del Dahir de inspirar las leyes de la Zona en las de España, con la conveniencia de dictar las reglas para las primeras inscripciones basadas en un sistema de Registro más científico, y, sobre todo, más adecuado a las condiciones del país.

Diferencias que presenta el sistema utilizado en la Zona Jalifiana con el Sistema del Act Torrens²⁴:

- 1.- Unidad de Registro. En cada país un solo Registro y un solo registrador, frente a este principio del Sistema del Act Torrens, se observa la primera diferencia derivada de la incompatibilidad con las condiciones naturales de la Zona Jalifiana, que obliga a pensar en tres Registros.
- 2.- Validez de los títulos. En el sistema australiano, la primera inscripción es inatacable; en la Zona no consolida el dominio. En el primero se crea un fondo de reserva o de seguro mediante la percepción del 2 por 1000 del valor del predio que se inscribe para indemnizar a los perjudicados por la pérdida de sus acciones. En el sistema del Protectorado no existe tal fondo, limitándose a declarar inatacables las inscripciones sucesivas.
- 3.- Trasmisión de la propiedad. Con arreglo a la Ley Torrens para la enajenación de una finca no es necesario escritura pública; basta con que las partes consignen sus estipulaciones en el certificado, presentándolo o simplemente enviándolo después al Registro para que se anoten en el duplicado las circunstancias de la cesión. En el sistema hispanomarroquí es obligatorio efectuarla por medio de documento público.
- 4.- Pignoración del título. El *Act Torrens*, sanciona los préstamos sobre inmuebles con la garantía pignoraticia de la entrega material del certificado de propiedad al acreedor. En la Zona, no se preceptúa esta negociación, que por otra parte, es frecuentemente llevada a la práctica mediante el contrato de *rahnia* prescrito por el derecho malequita.
- 5.- Diligencia de deslinde. En el sistema australiano, al solicitar la inscripción se acompaña el plano de la finca, levantado particularmente de acuerdo con el propietario, mientras que en aplicado en la Zona Jalifiana no se levanta el plano hasta que se verifique la diligencia oficial de deslinde, con la mayor publicidad posible. Esta diferencia constituye una ventaja indiscutible a favor del régimen de la Zona, por la mayor garantía del procedimiento para la exacta delimitación de los predios que se inscriben.

²³ J.O.C. (1925), Revista de Tropas Coloniales, Enero, p.20, crítica que se hace en este número de la revista al Dahir de Inmuebles y a la obra de Miguel Gamba Sanz «La Propiedad Territorial en la Zona de Influencia española en Marruecos y el Registro de Inmuebles».

²⁴ GARCÍA FIGUERAS, T. y RODA JIMÉNEZ, R. (1950), Economía Social de Marruecos, Instituto de Estudios Africanos, Madrid, Vol. I, p.250.

6.- Mapa topográfico. Los planos que acompañan a los certificados expedidos conforme a la Ley Torrens van hechos con referencia al mapa topográfico del distrito, nuestro Dahir de 1914, no exige referencias de ninguna clase porque no ha ordenado la formación del expresado mapa. Esta diferencia cede en desventaja de nuestro sistema, según Gambra Sanz, «la conveniencia de que exista en cada Registro un mapa de su territorio en el que los peritos vayan situando las fincas a medida que se inscriben, es manifiesta».

3.3. Objetivos perseguidos por el Dahir de 1 de julio de 1914

No era empresa fácil al legislador encontrar un sistema de registro adecuado, dado el caos existente en la Zona del Protectorado, en cuestiones de propiedad y en cuestiones de titulación. Pudo establecerse el sistema registral español, pero el legislador pensó que no surtiría un efecto beneficioso, ya que los objetivos que se buscaban eran que a través de este sistema, al mismo tiempo se inscribiese la finca y se calificase el título, se comprobase la realidad del derecho a que se refería el título y aún más la realidad de la posesión del propietario, con objeto de evitar que en el Registro entrasen fincas no existentes o que se superpusieran unas a otras.²⁵

3.4. Práctica registral contenida en el Dahir de inmuebles

El Dahir de 1 de julio de 1914²⁶ dispone que exista una oficina de Registro de inmuebles en la capital de cada uno de los Juzgados de primera Instancia establecidos en la Zona española de Marruecos, para la inscripción y anotación del dominio de inmuebles y demás derechos reales sobre ellos.

Allí se inscribían actos y documentos legítimos y fehacientes, por los que se acreditaba el dominio o disfrute de algún inmueble o la adquisición de otro derecho real, y las modificaciones de estos derechos

Los títulos existentes antes de dicho Dahir, seguirían surtiendo efectos aunque no se inscribieran, pero los cambios sufridos en estos y que naciesen después del Dahir, no perjudicarían a terceros si no se inscribían en el Registro.

En este sistema la inscripción era facultativa como regla general y sólo era obligatoria en los siguientes casos, que son los recogidos en el artículo 3 del Dahir:

- A. Si se enajenan o permutan inmuebles del Dominio Público.
- B. Si son bienes gravados con *Habus* público.
- C. Si la inscripción se hace en cumplimiento de resoluciones de Tribunales españoles.

²⁵ LLORD O'LAWLOR, M. (1935), Régimen de la Propiedad en Marruecos, Tip. M. Alcalá, Ceuta, pp.28-29.

²⁶ MORA REGIL, E. y RODRÍGUEZ AGUILAR C. (1947), Leyes de Marruecos, Reus, Madrid pp.3-19.

Los Registradores estaban bajo la dependencia del Presidente de la Audiencia de Tetuán. (Artículo 1 del Dahir).

En cada Registro se hacían las inscripciones referentes a los inmuebles situados en la circunscripción del Juzgado de Primera Instancia en que está ubicado aquel.

La inscripción se solicitaba a través de una instancia, ante el Registrador del partido en que se hallaba el inmueble, consignando las circunstancias del solicitante, descripción del inmueble y sus gravámenes si los hubiera²⁷. El Registrador calificaba la legalidad de los documentos presentados y la capacidad de los otorgantes. Estos documentos acreditativos de la propiedad debían presentarse traducidos al español y sobre ellos se imponía una fianza para responder a los gastos de la inscripción, conforme al arancel publicado oficialmente.²⁸

Anotada la instancia, el Registrador daba recibo de su presentación y señalaba el día para llevar a cabo el reconocimiento y deslinde provisional del inmueble, citando previamente para este acto a los interesados directamente en el asunto, así al propietario, al solicitante (si no concurren en la misma persona del propietario), los colindantes, poseedores de derechos reales y cualquier persona que tuviera interés en la práctica de la diligencia. El Registrador diez días antes del señalado para el deslinde publicaba un edicto en el Boletín Oficial de la Zona, como dispone el artículo 18 del Dahir. Además el Registrador remitía ejemplares del mismo al Juez de Paz del territorio, a la oficina del *Caíd* –gobernador o autoridad indígena–, para que lo pregonasen en los zocos y en los lugares de costumbre y a la *Mahakma* del *Cadí* –Tribunal xeránico–²⁹ del territorio jurisdiccional a que el Registro pertenecía.

A este trámite podía acudir directamente el peticionario o su mandatario, si no fuera ninguno, se suspendía y se tenía que volver a formular una petición nueva, corriendo con el pago de los gastos ocasionados.

Si acudían, se comprobaba sobre el terreno, por un perito o funcionario técnico oficial, los datos y circunstancias del inmueble consignados en la instancia, y se fijaban los linderos, haciendo un plano que tenía carácter provisional, pero que se convertiría en definitivo si no hubiese oposición, no obstante este plano podía variar si llegaban a admitirse en la resolución judicial observaciones y justificaciones de los concurrentes, para ello se levantaba el correspondiente acta.

Ocho días después publicaba el Registrador otro edicto dando un plazo de tres meses para presentar reclamaciones fundadas y por escrito, contra la inscripción, bien ante el Registrador, el Juez de Paz, el *Caíd* o el *Cadí*. Pasado el plazo, si no se presentaban reclamaciones, el Registrador practicaba la inscripción, este requisito afectaba únicamente a la primera, según disponía el artículo 20 del Dahir, pero no era preciso para las siguientes inscripciones.

²⁷ GAMBRA SANZ, M. (1925), *La Propiedad Territorial en la Zona de Influencia española en Marruecos y el Registro de Inmuebles*, Reus, Madrid, pp.31-50.

²⁸ BENAVIDES MORO, N. (1926), *La Colonización y el Acta Torrens en el Norte de África*, Instituto Leonés de Cultura, Valladolid, pp. 152-154.

²⁹ El artículo 22 del Dahir de 4 de octubre de 1930, les atribuye la competencia para conocer de los litigios referentes al dominio y derechos reales no inscritos en el Registro de Inmuebles de la Zona del Protectorado español.

Si se hubiesen presentado reclamaciones, el Registrador le informaba al solicitante de la existencia de las mismas, para que en el plazo de un mes pudiera impugnarlas. Cumplido este plazo, el Registrador enviaba el expediente al Juzgado de Primera Instancia para que se tramitasen las reclamaciones presentadas. Llegado el asunto al Juzgado, se hacía saber a los interesados que podían formular alegaciones y justificaciones suplementarias en el plazo de quince días.

Las actuaciones pasaban al Juez adjunto (que sería ponente) y así se instruía de ellas, pudiendo proponer al Juzgado una inspección del inmueble. Devueltas por él las actuaciones se señalaba día para la vista pública, que se celebraba concurriendo a ella dos asesores musulmanes, con función consultiva. En el acto de vista informaba el Ministerio Público, después de lo cual se declaraban conclusas las actuaciones para sentencia.

La sentencia según dispone el artículo 34 del Dahir, se dictaba en el plazo de los diez días siguientes al informe de los asesores musulmanes. Si hubiese sido contraria a la inscripción, anulaba lo actuado y quedaba todo en el estado anterior; por el contrario, la favorable podía serlo en todo en cuyo caso, se practicaba a continuación la inscripción, o en parte, entonces haría los pronunciamientos y declaraciones que fueran congruentes con su fallo. Contra esta sentencia podía interponerse un recurso de apelación en ambos efectos, dentro del plazo de los ocho días siguientes a su notificación. Se presentaba por escrito o por comparecencia ante el Juzgado, que la admitía sin dilación y remitía lo actuado a la Audiencia.

A la vista celebrada en la Audiencia asistían también los asesores musulmanes con carácter consultivo y el Ministerio Público, con la especial circunstancia de que no se suspendía la vista por la no asistencia de las partes o del Ministerio Público. Contra resolución dictada por la Audiencia, no cabía recurso alguno; ponía término definitivamente al asunto y se devolvía el expediente, con la mediación del Juzgado expidiendo certificado de la ejecutoria, al Registrador, para que así diera este cumplimiento al fallo, en lo que le concerniera.

En todo caso es necesario aclarar, que los opositores podían desistir de su reclamación en cualquier estado del procedimiento y la inscripción se practicaba, de igual modo podía desistir de ésta el que la pedía, devolviéndosele en este caso los documentos.

La primera inscripción comprendía una descripción detallada de la finca, nombres y circunstancias de las personas en cuyo favor se hace aquella, títulos que se presentaron, gravámenes y expresión de haber cumplido todas las disposiciones del Dahir para poder practicar la inscripción y si se practicara en virtud de sentencia se necesitaba expresar la fecha, lugar y contenido de la parte dispositiva (artículo 39 del Dahir). De ella expedía el Registrador una certificación literal, uniéndola a ella una copia autorizada del plano definitivo.

Si el inmueble pertenecía pro-indiviso a dos o más personas, el certificado y el plano se entregaban al copropietario encargado de la administración. En el caso de la división del inmueble se anulaba el certificado de la primera inscripción, se hacía un nuevo plano de las porciones, haciéndose inscripción de cada una y se daba a los respectivos dueños certificados y planos separados.

Los supuestos de extravío de certificados de la finca inscrita se resolvían, gracias a este sistema fácilmente, se pedía por el interesado una segunda copia en el Registro, el Registrador lo anunciaba en el Boletín Oficial de la Zona y trascurridos quince días desde su publicación, el Registrador expedía y entregaba otro ejemplar.

El certificado y el plano unidos constituían el título de propiedad inmueble, artículo 41 del Dahir, que anulaba los anteriores y era la base sobre la que se partía para posteriores mutaciones. Mientras el plano original quedaba depositado en el Registro.

A continuación el Dahir establece los trámites para las sucesivas transmisiones, así como para los casos de indivisión, aumento, disminución, en los que era necesario elaborar un nuevo plano, practicar una nueva inscripción y posteriormente se hacía entrega del correspondiente certificado.

Las siguientes inscripciones se solicitarían por escrito, consignando el peticionario sus circunstancias, concepto en que interviene y carácter del derecho que trata de inscribir acompañando el contrato o documento en que conste tal derecho, y también el certificado de la primera inscripción junto con el plano. Después de la primera inscripción se omitía ya la descripción del inmueble, haciendo referencia a lo que resulte de aquella, tal y como dispone el artículo 59.

Cuando por faltar algún requisito subsanable, o por imposibilidad del Registrador, no podía hacerse la inscripción, podía pedirse la anotación preventiva, así como en otros casos consignados en el artículo 66, redactado en términos similares al artículo 42 de nuestra Ley Hipotecaria³⁰.

Es necesario señalar que el que tenía inscrito a su nombre en el Registro el dominio de inmuebles o derechos reales, tenía a su favor la presunción iuris et de iure de que los poseía. No obstante, la inscripción no consolidaba los actos o contratos que eran nulos de conformidad a las disposiciones legales vigentes en la Zona española.

Los inmuebles así inscritos quedaban sometidos de un modo definitivo, al régimen establecido en este Dahir orgánico, y a la jurisdicción de los tribunales españoles establecidos, los cuales también conocían en las cuestiones que surgían sobre límites o servidumbres, interviniendo a su vez el Ministerio Público por la trascendencia social que tenía el problema de la propiedad inmueble. Pero si el inmueble no estaba inscrito conocía de los litigios que se pudieran plantear sobre el mismo, los Tribunales *xeránicos*, o lo que es lo mismo el *Cadí* de la circunscripción donde esté el terreno, esta circunscripción venía recogida por el Decreto Visial de 20 de diciembre de 1934.

Por último, los Registradores respondían civilmente de los errores y omisiones mencionados en el artículo 86 del Dahir, con la peculiaridad de que el ejercicio de la acción civil, no impedía el curso de la penal que procediese. La jurisdicción disciplinaria la ejercía el Presidente de la Audiencia de Tetuán y frente a sus resoluciones conocía en apelación el Ministro de Gracia y Justicia de España, que resolvía sin posibilidad de ulterior recurso.³¹

³⁰ Ley Hipotecaria, Texto Refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946. http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/lh.t3.html. (26/08/2010, 17.45).

³¹ BENAVIDES MORO, N. (1926), La Colonización y el Acta Torrens en el Norte de África, Instituto Leonés de Cultura, Valladolid, p.156.

4. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, el ya mencionado eclecticismo del sistema seguido en la Zona Jalifiana, recoge su máxima expresión en el artículo 91 del Dahir de 1 de julio de 1914, que literalmente establece: «Los preceptos del derecho musulmán que no se opongan a lo establecido en este Dahir ni al estatuto personal de los poseedores o dueños de los derechos reales, incluso en lo referente a sucesiones legítimas o testamentarias, se aplicarán a los inmuebles inscritos en el Registro y a los derechos que a los mismos hagan referencia en tanto en cuanto sean conciliables con la naturaleza de los derechos y gravámenes inscritos y especificados en el certificado de primera inscripción». Todo un ejemplo de combinación armónica de sistemas en aras a conseguir los siguientes fines:

- la seguridad del dominio, es decir, el tranquilo goce de bienes y derechos
- y la rapidez en las transacciones económicas, toda vez que la tierra está representada en una certificación fácilmente transmisible.

Fines estos, que no dejan de ser en todo caso, una fiel plasmación de la política española y en consonancia con la europea, desarrolladas en la época colonial.

6. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA SOBRE SECRETOS OFICIALES Y SU COMPARACIÓN CON OTRAS LEGISLACIONES OTAN

*Alfonso Casasola Gómez-Aguado
Teniente Auditor*

SUMARIO: I. Introducción. II. El Secreto de Estado en el Estado de Derecho. 2.1. 1.1. Consideraciones Generales. 2.2. Concepto de secreto. III. La Ley de Secretos Oficiales de 1968. IV. Las modificaciones operadas por la Ley 48/78, de 7 de octubre. V. Régimen jurídico de los secretos oficiales. 5.1. Elemento objetivo. 5.2. Elemento subjetivo. 5.3. Medidas de protección y consecuencias derivadas de incumplimiento de los deberes de reserva. VI. Normativa relacionada con la Ley de Secretos Oficiales. VII. Normativa relativa a los Secretos Oficiales en los países ámbito OTAN. 7.1. Estados Unidos. 7.2. Gran Bretaña. 7.3. Italia. 7.4 Francia. 7.5. Alemania. VIII. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente artículo consiste en realizar un estudio sistemático de la legislación española relativa a los secretos oficiales y los procedimientos administrativos con carácter clasificado, así como una somera comparativa con las legislaciones de los países con mayor importancia en la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN)¹. Antes de entrar en cada uno de los epígrafes a tratar he de realizar

¹ Se realizará un estudio de la normativa de los Estados Unidos (Constitución Americana, «National Security Act», «Central Intelligence Agency Act», «Internal security Act», «Atomic Energy Act» «Freedom of Information Act», «Federal Privacy Act», «Government in the Sunshine Act», «Intelligence Oversight Act», «Classified Information Procedures Act» e «Immigration Act»), Gran Bretaña («Judicial review», «Official Secrets Act», «Security Service Act», «Intelligence Service Act», «Immigration Appeals Commission Act», «Immigration and Asylum Act» y «Freedom of Information Act»), Italia (Artículos 52 y 54 Constitución italiana) «LEY 801 de 24 de octubre de 1977» y la «Ley 241 de 7 de agosto de 1990»), Francia («Ley 78/753 de 17 de Julio de 1978 y sus reformas», «Decreto 85/514 de 12 de mayo de 1981», y las «Ordenanzas de 17 de noviembre de 1958 y 4 de febrero de 1959») y Alemania («Ley Fundamental de Bonn artículo 5 y 19.4».

una serie de consideraciones introductorias que preparan al lector al objeto de estudio de estas páginas.

Así, una de las características fundamentales de cualquier sistema democrático, consiste en tener una opinión pública libre, para lo que se erige en indispensable el reconocimiento de la libertad de pensamiento, así como de información, en doble vertiente de derecho a informar y a recibir información. El juez Stewart señala literalmente «la prensa es libre para dar la batalla contra el secreto y la mentira en el ámbito gubernamental».²

En este sentido el Tribunal Constitucional en sentencia 6/1981 determina que «no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular sin una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las Instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática. La Constitución, en su artículo 20, garantiza el principio de comunicación pública libre».³

Esta concepción básica del derecho a la información también fue puesta de relieve por la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de abril de 1992, relativa al caso «Castell», en donde se estipula que el derecho a la información «es uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática y una de las condiciones básicas para su evolución».

El derecho a la información reconocido en la Constitución Española se presenta con vocación de universalidad en virtud del artículo 10.2 de la Constitución Española, cuando señala que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Correlativamente, el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos determina que «todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión».

Por su parte, el informe del Comité Político del Consejo de Europa emitido el 21 de diciembre de 1978, exigía que la información estatal reuniera las siguientes condiciones:

- 1.- Además de verdadera y auténtica, ha de ser verificable y no controvertible.
- 2.- Ha de ser accesible a todos, sin discriminación de personas ni medios, conforme a la universalidad del sujeto y del medio.
- 3.- Ha de ser fácilmente comprensible por su lenguaje claro, con el fin de respetar el principio de igualdad.

«Artículo 61 de la Ley de Funcionarios Federales de 27 de febrero de 1985» y el artículo 54.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal»).

² Stewart 1975.»Or of the Press», The Hastings Law Journal, 26.

³ García-Trevijano Garnica, Ernesto (1996), Materias clasificadas y control parlamentario, Revista Española de Derecho Constitucional, año 16, número 48. Septiembre-Diciembre 1996.

- 4.- Debe darse en el momento en el que pueda ser útil a la sociedad y a sus ciudadanos.
- 5.- Por último el Consejo de Europa exigía que la información al ciudadano ha de ser constante, significativa (revelando todos los aspectos de los problemas expuestos), así como estimulante.⁴

Sin embargo, una cosa es que se reconozca el derecho a informar y otra que la Constitución ampare en todos los casos el derecho a exigir información de terceros o de las propias Administraciones. La jurisprudencia constitucional ha dicho sobre el derecho reconocido en el artículo 20.1 apartado d) de la Constitución Española, que no es un derecho de prestación, sino de libertad, común a todos los ciudadanos y del que es titular primero la colectividad y cada uno de sus miembros, resaltándose que estese derecho no supone la correlativa obligación de toda persona física o jurídica de suministrar información de cualquier tipo a todo el que lo solicite.⁵

Por otra parte, el artículo 20.4 CE cuando refiere que estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud e infancia. En cuanto al artículo 105, apartado b) CE, éste reconoce el acceso de cualquier persona aunque no goce de la condición de interesado en relación con el expediente sobre el cual pretende obtenerse información. Este acceso tiene excepciones, puesto que este derecho cede cuando pueda afectar a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas; la Administración tiene vedado suministrar información que pueda incidir en estas materias.

En cuanto al trabajo que nos atañe la excepción que vamos a estudiar detenidamente es la materia afecta a la seguridad y defensa del estado. Existen materias cuyo conocimiento por parte de la colectividad sería profundamente perjudicial para los intereses nacionales, para la seguridad exterior e interior del Estado. En este sentido, paradigmático pronunciamiento es el *arret* del Consejo de Estado francés en el asunto «Syndicat national des chemins de fer» (1913), en el que se afirma que «por encima de los intereses individuales más respetables, sobre los intereses colectivos más justificados, está el derecho superior de una sociedad y de una nación de asegurar su existencia». Es más la ley castiga a los funcionarios que contravengan el deber de reserva.⁶

Este supuesto de exclusión se ha reconducido por el legislador a dos regulaciones diferentes; por un lado el artículo 37.5.b) de la Ley que regula el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común prohíbe el acceso a los expedientes que contengan información sobre la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado, en tanto que el artículo 37.6 a) del mismo texto legal remite

⁴ Torres Ventosa, Juan José (1998), La Regulación Legal de los Secretos Oficiales, Premio San Raimundo de Peñafort 1998.

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 118/1988.

⁶ El artículo 31.1, apartado e) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, considera como falta grave, la publicación o utilización indebida de secretos oficiales, así declarados por Ley o clasificados como tales.

a su legislación específica el acceso a los archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas.

Con esta dualidad de regímenes, el artículo 37 LPC parece pretender abarcar la totalidad de informaciones atinentes a la seguridad y defensa del Estado.⁷

La regulación específica sobre la «seguridad y defensa nacional» como título limitativo de la difusión pública de informaciones, se encuentra recogida sustancialmente en la Ley 9/1968, de 5 de abril, de Secretos Oficiales (modificada parcialmente por la Ley 48/1978, de 7 de octubre) y por su reglamento de desarrollo aprobado por Decreto 242/1969, de 20 de febrero.

La apelación a la seguridad y defensa del Estado, es lo que caracteriza a los secretos de Estado, y les diferencia de otros tipos de secreto como el profesional o el administrativo o de oficio y, lo que es decisivo, legitima o pretende legitimar la aplicación de un tratamiento de excepción, frente al régimen jurídico común basado en la publicidad. Conviene precisar claramente que la seguridad no es la de cualquier tipo de Estado, sino la de un estado constituido como Estado de Derecho social y democrático, sometido a límites jurídicos y alejado de lo que históricamente se ha conocido como «Razones de Estado», entendido como un derecho de necesidad exorbitante, consistente en excepciones, limitaciones derogatorias del derecho común. En un Estado de Derecho la Seguridad del Estado no es el valor absoluto, puede entrar en colisión con otros valores o derechos fundamentales, siendo necesario un juicio de ponderación. Es más el respeto a los derechos fundamentales es también componente de la propia seguridad del Estado.⁸

La Ley de Secretos Oficiales vigente responde sustancialmente al siguiente esquema:

- a) En primer lugar, las materias declaradas clasificadas podrán, a su vez, calificarse en las categorías de secreto y reservado en atención al grado de protección que pretenda dispensárseles.⁹
- b) En segundo plano, junto a materias clasificadas, la Ley de Secretos Oficiales prevé que también tendrán carácter secreto, sin necesidad de previa clasificación, las materias así declaradas por Ley.
- c) La declaración de una materia como clasificada tendrá, de acuerdo con la Ley de Secretos Oficiales, el efecto inmediato de permitir exclusivamente su conocimiento por aquellas personas debidamente facultadas, y con las formalidades y limitaciones que en cada caso se determinen.¹⁰

⁷ Pomed Sánchez, Luis (1997), El acceso a los archivos administrativos: el marco jurídico y la práctica administrativa, Revista de Administración Pública, número 142. Enero-Abril 1997.

⁸ Gómez Orfanel, Germán. Secretos de Estado: Algo más de lo mismo.

⁹ En su redacción originaria, la Ley de Secretos Oficiales establecía que podrían ser declaradas materias clasificadas los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pudieran dañar o poner en riesgo la seguridad del Estado o comprometa los intereses generales de la Nación en materia referente a la defensa nacional, la paz exterior o el orden constitucional.

¹⁰ Esquema establecido por el trabajo realizado por García-Trevijano Garnica, Ernesto (1996), Materias clasificadas y control parlamentario, Revista Española de Derecho Constitucional, año 16, número 48. Septiembre-Diciembre 1996.

Con respecto a los procedimientos administrativos en el ámbito de las Fuerzas Armadas, es imprescindible señalar que se rige por los principios generales que se establecen en los procedimientos ordinarios, salvo en aquellas materias que requieren de una protección especial, por ser clasificada. Existen materias, como es el caso, de la disciplina castrense, en las que el derecho de acceso a las mismas está limitado. Se permite el acceso a los documentos que se integran en los procedimientos sancionadores, pero en ocasiones no puede permitirse la entrega de copia como es el supuesto del Informe Personal de Calificación (IPEC), por tener éste carácter reservado.

2. EL SECRETO DE ESTADO EN EL ESTADO DE DERECHO

2.1. Consideraciones generales

La entrada en vigor de la Constitución Española (CE) de 1978 supuso un cambio radical en los principios jurídico-políticos básicos de España. Se produjo una transformación radical en el concepto de Estado, y los principios que había de regirse la actuación de los poderes fácticos del Estado, en todo lo referente a la creación y aplicación de las normas.

Nuestra *norma normarum* estableció un marco legal en el que asentarse un Estado Social y Democrático de Derecho, y en este ámbito donde ha de desenvolverse los Secretos de Estado en España. El artículo 1 señala como valores principales la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. La existencia de Estado de Derecho conlleva, no sólo la de los derechos y libertades fundamentales, sino también una garantía de que estos serán aplicados. No obstante, esta aplicación conllevará una colisión, en ocasiones de determinados derechos fundamentales entre particulares, o entre un derecho fundamental y una situación de necesidad estatal.

Todo lo dicho está íntimamente relacionado con el derecho que tienen todos los ciudadanos a ser informados, consagrado en la Constitución cuyo artículo 9 establece el principio de publicidad y legalidad. Los ciudadanos tienen el derecho de conocer las normas y las consecuencias de esas normas. Pero no sólo existe ese derecho a conocer las normas, sino que hay que dar un paso más. Los nacionales podrán y deberán ser informados verazmente y podrán tener derecho a obtener esa información libremente. En este sentido el artículo 20.1.d) CE reconoce el derecho a la información, encuadrado dentro de los derechos de libertad¹¹, y puede ser definido como el derecho del ciudadano a ser y estar debidamente informado.¹²

Este derecho fundamental a la información constituye otro de los pilares que sustentan la formación de una opinión pública libre, que además tiene manifestaciones parciales en el artículo 105.b) CE, que recoge el derecho de acceso a la información contenida en archivos y registros administrativos. El derecho a la información es un derecho individual y un derecho social y englobaría el derecho de libertad de

¹¹ López Guerra, L, Introducción al Derecho Constitucional, Valencia, 1994.

¹² Torres Ventosa, Juan José (1998), La Regulación Legal de los Secretos Oficiales, Premio San Raimundo de Peñafort 1998.

expresión. Segrelles de Areneza entiende que la libertad de expresión surge primero como manifestación de la dignidad del hombre y su conciencia, fase que se supera más tarde al conectarse el hombre con la sociedad que posibilita su formación y desarrollo, de manera que la educación, la cultura y, finalmente, la información, facilitarían la libertad de expresión. Se fundirían así lo individual y lo colectivo y por ello se ha ido sustituyendo la expresión de «libertad de expresión», por la de «derecho a la información». No obstante, el Tribunal Constitucional diferencia entre el derecho a la información, que exigiría un deber de diligencia del informador, que vendría obligado a contrastar la transmisión de los hechos con datos objetivos, y derecho a la libertad de expresión, en que lo decisivo no sería la veracidad de lo transmitido, sino si contiene alguna expresión injuriosa innecesaria al pensamiento u opinión que se expresa.¹³

La sentencia del Tribunal Constitucional 104/1986, de 17 de julio, relativa al caso «Soria Semanal», después de señalar que el derecho a la información es un derecho fundamental, afirma que «tiene una valoración que trasciende a la que es común y propia a todos los derechos fundamentales»¹⁴.

En todo caso debe interpretarse conforme al artículo 10.2 de la CE, y por tanto conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los Pactos y Convenios Internacionales suscritos por España.¹⁵ Estos textos legales de carácter internacional reconocen expresamente la existencia de un derecho a la información que incluiría la facultad de investigar, recibir y difundir información, pero reconocen asimismo la existencia de posibles limitaciones por ley, por razón de integridad territorial, orden público o, en definitiva, por razón de los intereses esenciales de la propia seguridad pública.¹⁶

Por tanto, en definitiva, las condiciones de este derecho a la información variarán con el régimen político adoptado, siendo únicamente en el Estado democrático donde se pueda garantizar su vigencia y real cumplimiento, actuando de este modo como un criterio que permite conocer el grado de democracia de una nación en concreto.

2.2. Concepto de secreto

Segrelles de Arenzana¹⁷, haciendo un estudio del asunto, considera que el concepto de secreto hunde sus raíces en el término latino «*secretus*», que significaría

¹³ Wilkinson Morera de la Vall, Helen (2007), *Secretos de Estado y Estado de Derecho: régimen jurídico de los secretos oficiales en España*, Atelier, Barcelona, p. 86.

¹⁴ Esta concepción básica del derecho a la información también fue puesta de relieve por la Sentencia del tribunal europeo de Derechos Humanos de 23 de abril de 1992, relativa al caso «Castell», en donde se estipula que el derecho a la información «es uno de los fundamentales esenciales de la sociedad democrática y una de las condiciones básicas para su evolución». Torres Ventosa, Juan José (1998), *La Regulación Legal de los Secretos Oficiales*, Premio San Raimundo de Peñafort 1998.

¹⁵ Véase la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Convenio para la Protección de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, de 4 de noviembre de 1950, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966 y los Tratados constituyentes de la Comunidad Europea.

¹⁶ Wilkinson Morera de la Vall, Helen (2007), *Secretos de Estado y Estado de Derecho: régimen jurídico de los secretos oficiales en España*, Atelier, Barcelona, p. 87.

¹⁷ Segrelles de Arenzana (1994), «Protección penal del secreto de Estado», Edersa, Madrid.

separado, aislado, remoto. Siguiendo el pensamiento de Simmel¹⁸, el secreto es una realidad que se proyecta sobre dos ámbitos bien diferenciados. Hace referencia a los asuntos de la generalidad y a los asuntos de los individuos. La evolución cultural de la Humanidad habría conducido a que los secretos de la vida pública fueran desapareciendo en aras a una mayor transparencia y, por el contrario, el ámbito de la vida privada de los ciudadanos se hiciera más secreto frente a las intromisiones del poder estatal, lo cual parece hoy ciertamente discutible si se tienen en cuenta los riesgos del ciudadano transparente que la revolución informática ha facilitado.

Segrelles define el secreto como «conocimiento de objetiva relevancia que voluntariamente se oculta a una o más personas».¹⁹

Ante esta definición, se plantea un interrogante esencial. Si uno de los deberes del Estado es el de informar²⁰, conforme al principio de publicidad previsto en el artículo 9.3 CE, y el derecho de acceso de los ciudadanos a la información, previstos en el artículo 20.1 d), en relación al artículo 105.b) CE, el secreto, ¿donde se enmarcaría constitucionalmente? La respuesta es que el secreto debe ser la excepción a la regla general. Debe existir un motivo tan transcendental que haga ceder este derecho fundamental que poseen todos los ciudadanos del Estado español, ya que la idea de disposiciones secretas pugnaría no sólo con el principio democrático sino también con el conjunto de valores y principio jurídicos reconocidos en cualquier Estado de Derecho. Esta excepción sólo estará justificada cuando realmente responda a la garantía de un interés público respaldado por la Constitución, esto es, el secreto debe guardar conexión con bienes constitucionalmente protegidos, tal como se desprende del artículo 105. b) CE, que recoge, como excepciones al derecho a la información, lo que afecte a la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas y lo que afecte a la Seguridad y Defensa del Estado.

¹⁸ Simmel (1977), «Sociología: estudios sobre las formas de socialización», 2 volúmenes, Revista de Occidente, Madrid.

¹⁹ Segrelles de Arenzana (1994), «Protección penal del secreto de Estado», Edersa, Madrid.

²⁰ El Informe del Comité Político del Consejo de Europa emitido el 21 de diciembre de 1978, exige que la información estatal reúna las siguientes condiciones:

- Además de verdadera y auténtica, ha de ser verificable y no controvertible.
- Ha de ser accesible a todos, sin discriminación de personas ni medios, conforme a la universalidad del sujeto y del medio.
- Ha de ser fácilmente comprensible por su lenguaje claro, con el fin de respetar el principio de igualdad.
- Debe darse en el momento en el que pueda ser útil a la sociedad y a sus ciudadanos.

Siguiendo la clasificación del informe del Consejo de Europa citado, dividimos en tres tipos la información que el Estado puede y debe proporcionar, siempre y cuando el derecho a la información por parte del ciudadano no tope con los límites analizados anteriormente:

- 1.- Información política: principalmente aquellas cuestiones que los órganos asamblearios o legislativos van a debatir o que interesan a la sociedad.
- 2.- Información administrativa: aquellas informaciones derivadas especialmente de la utilización de los derechos del artículo 35 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: acceso a archivos y registros, identificación de funcionarios y autoridades...
- 3.- Información documental: acceso a datos, encuestas, estudios e investigaciones en poder de la Administración.

La seguridad y defensa del Estado como bien a proteger, no sólo queda reflejado en el artículo 105.b) CE, sino también en el artículo 8 y 104 CE, que recogen la misión de las Fuerzas Armadas de garantizar la soberanía e independencia de España y proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y la seguridad ciudadana, es decir, de proteger el ordenamiento constitucional.

Si el secreto es una excepción, deberá estar regulado, como tal, para evitar que se convierta en regla. Así, en un Estado democrático de Derecho, el secreto requerirá de una Ley que lo regule con todas las concreciones posibles. Además, requerirá de la previsión de una serie de medidas de control, que traten de garantizar que el secreto está siendo utilizado conforme a la finalidad prevista de protección de la seguridad y defensa del Estado y conforme a los postulados propios de un Estado de Derecho.²¹

El marco del cual hemos de partir para llegar a una definición del Secreto de Estado es el que nos proporciona la Ley 9/68, de 5 de abril, sobre Secretos Oficiales, modificada por la Ley 48/78, de 7 de octubre. Estas normas no utilizan el término *secretas* sino el de *clasificadas*, expresión que suele usarse en el Derecho Comparado.

El artículo 2 señala como secreto «los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueden dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del estado». No hay más materias clasificadas que las expresamente señaladas como tales por los órganos con competencia mediante un acto formal (artículo 1 en relación con el artículo 10).²² Por otra parte, el Reglamento de Desarrollo de 24 de febrero de 1969, en su artículo 2 definía que se entendía por cada una de las categorías a que hace referencia el artículo *ut supra* citado. Así señala que a efectos de lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley podrá entenderse:

1. Por asuntos, todos los temas que se refieran a las materias que en el mismo se especifican.
2. Por acto, cualquier manifestación o acuerdo de la vida político-administrativa tendente a la obtención de fines específicos.
3. Por documentos, cualquier constancia gráfica o de cualquier otra naturaleza y muy especialmente:
 - a) Los impresos, manuscritos, papeles mecanografiados o taquigrafiados y las copias de los mismos, cualesquiera sean los procedimientos empleados para su reproducción; los planos, proyectos, esquemas, esbozos, diseños, bocetos, diagramas, cartas, croquis y mapas de cualquier índole ya lo sean en su totalidad, ya las partes o fragmentos de los mismos.
 - b) Las fotografías y sus negativos, las diapositivas, los positivos y negativos de película, impresionable por medio de cámaras cinematográficas y sus reproducciones.
 - c) Las grabaciones sonoras de todas clases.

²¹ Constitucionalmente se prevén dos sistemas de control habitual del Ejecutivo y Administración: el control parlamentario y el judicial, que se requieren para comprobar la sujeción de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, a quien vienen obligados por mandato del artículo 9.3 CE.

²² El artículo 4 de la Ley de Secretos Oficiales, en redacción dada por la Ley 48/78, determina que son estos órganos competentes el Consejo de Ministros y la Junta de Jefes de Estado Mayor.

- d) Las planchas, moldes, matrices, composiciones tipográficas, piedras litográficas, grabados en película cinematográfica, bandas escritas o perforadas, la memoria transistorizada de un cerebro electrónico y cualquier otro material usado para reproducir documentos.
4. Por informaciones, los conocimientos de cualquier clase de asuntos o los comprendidos como materias clasificadas en el citado artículo 2º de la Ley.
 5. Por datos y objetos, los antecedentes necesarios para el conocimiento completo o incompleto de las materias clasificadas, las patentes, las materias primas y los productos elaborados, el utillaje, cuños, matrices y sellos de todas clases, así como los lugares, obras, edificios, e instalaciones de interés para la defensa nacional o la investigación científica.
 6. Se entenderá también como materias propias de este Decreto, todas aquellas que, sin estar enumeradas en el presente artículo, por su naturaleza, puedan ser calificadas de asunto, acto, documento, información, dato u objeto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo dos de la Ley.

3. LA LEY DE SECRETOS OFICIALES DE 1968

Al margen de las referencias indirectas en la Constitución [artículo 8, 104 y 105.b)], no se contiene una regulación concreta y expresa del secreto de Estado en la Constitución.

No fue hasta 1968, con la Ley 9/1968, de 5 de abril, que fue acompañada con su Reglamento de Desarrollo de 24 de febrero de 1969, la primera regulación del secreto de Estado, siendo considerado por la doctrina como un paso significativo, ya que fue la primera norma que intentó clarificar la cuestión.

En su preámbulo se establecen los principios generales e inspiradores de la norma. Así, señala *«que es principio general, aun cuando no esté expresamente declarado en nuestras Leyes Fundamentales, la publicidad de la actividad de los Órganos del Estado, porque las cosas públicas que a todos interesan pueden y deben ser conocidas de todos»*.

Este principio de publicidad en mayor o menor extensión, se halla regulado en lo que concierne a los debates e interpelaciones en las Cortes Españolas y al despacho de los asuntos judiciales, pero, en cambio, sólo de una manera fraccionada tiene su regulación, en lo que atañe a la Administración del Estado, en dispersas disposiciones vigentes.²³

Mas si la publicidad ha de ser característica de la actuación de los órganos del Estado, es innegable la necesidad de imponer limitaciones, cuando precisamente de esa publicidad puede derivarse perjuicio para la causa pública, la seguridad del mismo Estado o los intereses de la colectividad nacional.

²³ Pueden citarse la Ley de Prensa (artículo 7) y Decreto 750/1966, de 31 de marzo, en las que sólo se contempla la publicidad en el aspecto parcial de la información debida a las publicaciones periódicas y agencias de información. Una regulación suficiente existe en la esfera de la Administración Local.

Destacan por su especial importancia aquellas cuestiones cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o ponga en riesgo la seguridad del Estado o los intereses fundamentales de la Nación y que constituyen los verdaderos secretos oficiales, protegidos por sanciones penales que, tanto en el Código Penal (CP) como en el Código Penal Militar (CPM), alcanzan penas de la máxima severidad. Pero esta sanción penal, especialmente represiva, sólo de una manera indirecta, por medio de la intimidación, protege el descubrimiento o revelación de secretos. Las medidas de protección eficaces son las que la propia Administración ha de establecer para garantizar que los documentos o materiales en que físicamente se reflejan los secretos, no puedan ser conocidos más que por aquellas personas que, por razón de su cometido, estén autorizadas para ello.

En este aspecto existe una laguna en nuestra legislación, que, al contrario de lo que ocurre en los Estados caracterizados por la mayor libertad de información, no prevé una regulación de las medidas protectoras de los secretos oficiales. Para remediar esta situación, la Ley establece un conjunto de medidas positivas para evitar que trascienda el conocimiento de lo que debe permanecer secreto, señalando normas severas que impidan la generalización de calificaciones que tienen carácter excepcional.

Con la denominación de materias clasificadas también utilizada en otros países, se comprenden los dos grados de secretos oficiales generalmente admitidos. La determinación de las Autoridades y funcionarios que pueden otorgar y levantar las calificaciones, los efectos de cada una de éstas y las líneas generales de las medidas protectoras que habrán de desarrollarse reglamentariamente y con carácter uniforme por todos los servicios afectados, constituyen el contenido fundamental de la Ley, que se completa con un sistema de protección, así como la referencia de las responsabilidades que procedan por infracciones en materia de secretos oficiales.

Asimismo, desde el punto de vista de la seguridad jurídica²⁴ y de la garantía de los ciudadanos, es importante resaltar que la Ley establece la necesidad de notificar a los medios de información la declaración de materia clasificada cuando se prevea que ésta puede llegar a conocimiento de ellos, así como la circunstancia de que conste el hecho de la clasificación para que recaiga sobre los particulares a obligación de colaboración que impone el artículo 9.1 de la Ley de Secretos Oficiales (LSO).²⁵

Es de apreciar la existencia de fuertes anacronismos en esta norma, como las referencias a los «intereses fundamentales de la nación», o la extensa lista de autoridades con capacidad de clasificación, entre los que se cuentan los Jefes de Misiones Diplomáticas en el extranjero y, por «razones de urgencia», los Directores Generales

²⁴ Se consagra la expresa admisión de recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones sancionadoras que pongan fin a la vía administrativa, sin olvidar por lo demás el importante juego del control político que en esta materia se reconoce a las Cortes Españolas y al Consejo Nacional del Movimiento.

²⁵ El artículo 9.1 establece expresamente que la persona a cuyo conocimiento o poder llegue cualquier materia clasificada, conforme a esta Ley, siempre que le conste esta condición, estará obligada a mantener el secreto y entregarla a la autoridad civil o militar más cercana y, si ello no fuese posible, a poner en conocimiento de ésta su descubrimiento o hallazgo. Esta autoridad lo comunicará sin dilación al departamento ministerial que estime interesado o a la Presidencia del Gobierno, adoptando entretanto las medidas de protección que su buen juicio le aconseje.

de Seguridad y de la Guardia Civil, los Capitanes Generales de las Regiones Militares, Departamentos Marítimos y Regiones Aéreas, los Gobernadores Civiles.²⁶

Esta ley da una primera definición del concepto de «secreto», en el artículo 2, que difiere de la dada por la redacción del 78. Así se determina que «a los efectos de esta Ley podrán ser declaradas materias clasificadas los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado o comprometa los intereses fundamentales de la nación en materia referente a la defensa nacional, la paz exterior o el orden constitucional».²⁷

Por otra parte, el artículo 3 LSO, clasifica el secreto oficial en dos categorías, en atención al grado de protección que requieran: «*secreto*» y «*reservado*». Desarrolla este precepto el artículo 3 de su reglamento de 24 de febrero de 1969, cuando señala en primer lugar, que la clasificación de «*secreto*» se aplicará a todas las materias referidas en el artículo anterior que precisen del más alto grado de protección por su excepcional importancia y cuya revelación no autorizada por autoridad competente para ello, pudiera dar lugar a riesgos o perjuicios de la seguridad del Estado, o pudiera comprometer los intereses fundamentales de la Nación en materia referente a la defensa nacional, la paz exterior o el orden constitucional. Posteriormente, en su párrafo segundo, caracteriza las materias reservadas, por exclusión a las secretas determinando que la clasificación de «*reservado*» se aplicará a los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos no comprendidos en el apartado anterior por su menor importancia, pero cuyo conocimiento o divulgación pudiera afectar a los referidos intereses fundamentales de la Nación, la seguridad del Estado, la defensa nacional, la paz exterior o el orden constitucional.

En el artículo 4 LSO se establece que:

«Tendrán potestad para clasificar los siguientes órganos:

- Consejo de Ministros y sus miembros.
- Jefes de Misiones Diplomáticas de España en el extranjero.
- Jefe del Alto Estado Mayor.

Por razones de urgencia, siempre con carácter provisional hasta tanto sea objeto de clasificación definitiva por la que resulte competente entre las Autoridades mencionadas en el párrafo anterior, podrán ejercitar las facultades de clasificación con la obligación de comunicarlo inmediatamente a aquélla, las Autoridades que a continuación se enumeran:

- Directores Generales de Seguridad y de la Guardia Civil.
- Jefes de Estado Mayor de cada uno de los tres Ejércitos.
- Jefe de la Defensa Aérea.

²⁶ Wilkinson Morera de la Vall, Helen (2007), Secretos de Estado y Estado de Derecho: régimen jurídico de los secretos oficiales en España, Atelier, Barcelona, p. 90.

²⁷ Fue modificada posteriormente por la Ley 48/78, de 7 de octubre. La expresión «intereses fundamentales de la nación» podría dar lugar a interpretaciones extensivas del objeto material que pudiera cubrir el secreto.

- Capitanes Generales de las Regiones Militares, Departamentos marítimos y Regiones Aéreas.
- Gobernadores civiles.

Por último, si en el plazo de 72 horas esta clasificación no fuera ratificada por alguna de las Autoridades facultadas por el párrafo 1º de este artículo, la materia se entenderá automáticamente no clasificada.»²⁸

De cualquier modo, ambas categorías, en cuanto especies de un mismo género, comparten, a tenor del artículo 8 de la Ley 9/68, análogos efectos respecto a su conocimiento y divulgación. Estos efectos son los siguientes:

- a. Solamente podrán tener conocimiento de las *materias clasificadas* los órganos y las personas debidamente facultadas para ello y con las formalidades y limitaciones que en cada caso se determinen.
- b. La prohibición de acceso y las limitaciones de circulación a personas no autorizadas en locales, lugares o zonas en que radiquen las *materias clasificadas*.
- c. El personal que sirva en la Administración del Estado y en las Fuerzas Armadas estará obligado a cumplir cuantas medidas se hallen previstas para proteger las *materias clasificadas*.

De estos efectos, se derivan tres principios fundamentales: sólo las personas autorizadas podrán acceder a la materia clasificada, sólo en los lugares determinados para ello y con la especial obligación de estas personas autorizadas de especial reserva,²⁹ con las consecuencias penales o disciplinarias que derivarían por su falta de cumplimiento.

El artículo 11.2 LSO, se limita a atribuir la competencia para la concesión del acceso a las materias clasificadas al Consejo de Ministros y a la Junta de Jefes de Estado Mayor.³⁰

Respecto a este régimen especial de acceso a materias clasificadas, cabe por último, señalar que a ella se remite la LPC³¹, en sus artículos 37.5.b) y 37.6.a). El

²⁸ Estas autoridades en la nueva estructura de la organización política y militar de España, ya no existen. Este artículo fue modificado por la Ley 48/1978, de 7 de octubre en la que señala que la calificación a que se refiere el artículo anterior corresponderá exclusivamente, en la esfera de su competencia, al Consejo de Ministros y a la Junta de Jefes de Estado Mayor.

²⁹ El artículo 11.1 señala que las personas facultadas para tener acceso a una materia clasificada quedarán obligadas a cumplir con las medidas y prevenciones de protección que reglamentariamente se determinen, así como las particulares que para cada caso concreto puedan establecerse.

³⁰ El artículo 27 del Decreto 242/69 desarrolla este precepto determinando que el examen de materias clasificadas sólo se autorizará mediante expedición de la correspondiente autorización por la Autoridad encargada de la calificación, a personas cuyos deberes oficiales requieren tal acceso, y con especificación de si se trata de una sola vez o con carácter habitual y ello, únicamente, si han sido calificadas en aquella autorización, como personal de confianza.

³¹ La circunstancia de que una ley postconstitucional como LPC remita genéricamente a la normativa sobre secretos oficiales, no supone, como indica Diez Picazo, que la Ley de Secretos Oficiales quede automáticamente sanada de los posibles vicios constitucionales de que pudiera adolecer, tesis sostenida por el Magistrado Sr. Sala Sánchez en las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997. Torres Ventosa, Juan José (1998), La Regulación Legal de los Secretos Oficiales, Premio San Raimundo de Peñafort 1998.

primero hace referencia a la imposibilidad de consulta de archivos y registros que contengan información sobre la Defensa Nacional o la Seguridad de Estado. Por su parte, el segundo alude expresamente a los archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas, indicando que se encuentran regidos por disposiciones específicas.

4. LAS MODIFICACIONES OPERADAS POR LA LEY 48/78, DE 7 DE OCTUBRE

La modificación de la Ley de Secretos Oficiales en el año 1978 (Ley 48/78, de 7 de octubre), viene a dar respuesta a la nueva situación política surgida después de la muerte de Francisco Franco, estando a punto de promulgarse la Constitución.

El principal cambio producido por la nueva ley sería el de posibilitar la fiscalización judicial del uso del secreto. Parece que una comprensión integral de los preceptos 7 y 10 de la ley del 78, teniendo en cuenta sus antecedentes legislativos, lleva a la conclusión de que el legislador quiso atribuir el levantamiento de lo clasificado al órgano competente para la clasificación, no siendo esto incompatible con la revisión judicial de esa decisión por los Tribunales, es decir, el Legislador no quiso vetar la posibilidad última de control judicial.³²

En segundo lugar, como cambio igualmente significativo, la Ley del 78 recoge expresamente la no afectación de la declaración como «materias clasificadas» al Congreso y al Senado, que podrán tener acceso a cuanta información reclamen, en la forma que determinen sus respectivos reglamentos, como así señala el artículo 10.2.

Y en tercer lugar, la Ley del 78 reduce la lista de órganos competentes con capacidad para clasificar, que corresponderá exclusivamente, según el artículo 4 a, en la esfera de su competencia, al Consejo de Ministros y a la Junta de Jefes de Estado Mayor.

Hay también cambios menores en la Ley del 78, como son las sustituciones de la expresión «autoridad» por el de «órgano», en los artículos 6, 7, 11.2 y 12, y la anteposición de la expresión «órganos» a la de «personas» en el artículo 8. Todos estos cambios obedecen a la nueva redacción del artículo 4, que hace referencia a los «órganos» competentes para clasificar y calificar.³³

5. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SECRETOS OFICIALES

Siguiendo el estudio realizado por Helen Wilkinson Morera de la Val se puede dividir el contenido de la normativa en los siguientes apartados:

³² Cuestión, no obstante controvertida en la doctrina. Algunos autores, como García Trevijano ha puesto en entredicho esta cuestión al señalar que no consta expresamente en el articulado de la Ley, sino que únicamente se suprime el artículo 10.2 de la Ley del 68, que excluía la fiscalización judicial del secreto.

³³ En el reglamento de desarrollo (artículo 11.A), también procedería la sustitución de las respectivas expresiones de «Autoridades» por la de «órganos», al parecer redactado conforme a la versión del 68.

5.1. Elemento objetivo

En primer lugar, podrán ser declaradas materias clasificadas los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado, como así refleja el artículo 2 LSO.

La defensa del Estado implica tanto el concepto estricto de defensa de la soberanía e independencia de España, como el concepto de defensa del orden constitucional propio de un Estado de Derecho, tal y como se desprende de la definición de «defensa nacional», contenida en la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre de la Defensa Nacional. Así, en su artículo 2 manifiesta una declaración de intenciones cuando expresamente sienta que la política de defensa tiene por finalidad la protección del conjunto de la sociedad española, de su Constitución, de los valores superiores, principios e instituciones que en ésta se consagran, del Estado social y democrático de derecho, del pleno ejercicio de los derechos y libertades, y de la garantía, independencia e integridad territorial de España. Asimismo, tiene por objetivo contribuir a la preservación de la paz y seguridad internacionales, en el marco de los compromisos contraídos por el Reino de España.³⁴

En segundo lugar, tendrán carácter secreto, sin necesidad de previa clasificación, las materias así declaradas por ley. Ello no significa una cláusula abierta, por la que el legislador pueda declarar de especial protección todas las materias que entienda oportuno, sin justificación o motivación. Precisamente, va a ser el grado de afectación a la seguridad y defensa del Estado lo que motive la calificación de lo clasificado según la categoría de «secreto» o «reservado». No obstante, la Ley no establece criterios nítidos de diferenciación entre ambas calificaciones y lo mismo puede predicarse del Reglamento de desarrollo.

Respecto al plazo de duración de la materia clasificada hay que acudir al artículo 3 párrafo III del Decreto 242/69, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley de Secretos Oficiales, que establece el siguiente criterio: *«siempre que ello sea posible, la autoridad encargada de la calificación indicará el plazo de duración de ésta, con mención de si pudiera ser suprimida o rebajada de grado. Para ello, podrá fijar una fecha o indicar un acontecimiento o hecho límite de dicho plazo. Tal indicación no deberá incluirse en el texto, sino que constará en una anotación, anterior o posterior al mismo»*. Por ello no resulta obligatorio fijar un límite temporal a lo declarado «secreto» o «reservado».

5.2. Elemento subjetivo

Ya hemos señalado que el nuevo artículo 4, con la redacción dada por la Ley del 78, establece como órganos competentes para poder clasificar al Consejo de Ministros y la Junta de Jefes de Estado Mayor, excluyendo como órganos competentes los que

³⁴ Antes se encontraba regulado en el artículo 2 de la Ley Orgánica 6/80, de 1 de julio reguladora de la Defensa Nacional y la Organización Militar, modificada por la LO 1/1984, de 5 de enero.

se señalaban en la anterior redacción dada por la Ley del 68, en relación a supuestos en los que se requería urgencia.

Si bien la doctrina ha considerado un acierto la reducción de estos órganos, por otra parte se ha criticado la inclusión de la JUJEM como órgano con capacidad de clasificación.³⁵

En cuanto al acceso a la información clasificada, se prohíbe el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos cuando pueda verse afectada la seguridad y defensa del Estado. El artículo 3 párrafo III del Reglamento de desarrollo, en su segundo inciso, manifiesta que la Autoridad competente, en el momento de verificar la clasificación, señalará del personal a sus órdenes, aquellos que puedan tener acceso a las materias «secretas» o «reservadas», indicando, en cada caso, las formalidades y limitaciones que sean necesarias para el cumplimiento de esta clasificación. Por otra parte, el artículo 27 del Reglamento dispone que sólo podrán acceder al material clasificado las personas cuyos deberes oficiales requieran de tal acceso.

5.3. Medidas de protección y consecuencias derivadas de incumplimiento de los deberes de reserva³⁶

La posesión o uso de información o material clasificado como secreto estará limitada a lugares donde se disponga de instalaciones para su almacenaje y segura protección, y a los cuales no pueden tener acceso otras personas que no sean las que, de manera fehaciente, hayan sido autorizadas para ello por las autoridades señaladas en el artículo 4º de la Ley.

Los documentos, información y material clasificado de «secreto», estarán guardados en una caja fuerte o armario-archivador a prueba de incendios y dotados de cerraduras de combinación de disco, cuyas dimensiones, peso, construcción e instalación hagan mínimas las posibilidades de robo, violación e indiscreciones. De ser ello necesario, por el volumen total del material clasificado, podrán habilitarse salas o sótanos aprobados al efecto por la persona responsable del Servicio de Protección de Materias Clasificadas que impliquen unas condiciones, cuando menos, similares a los sistemas indicados en el apartado anterior. Si no fuere posible disponer de las instalaciones especificadas en los párrafos anteriores, las materias clasificadas de «secreto» deberán estar protegidas por una guardia armada. Como mínimo, los documentos, información y material clasificados de «reservado» deberán ser almacenados en la forma especificada para los clasificados de «secreto» o en armarios-archivadores metálicos y equipados con barras de cierre en acero, con candado cambiante, tipo combinación, o en otras instalaciones que garanticen unas condiciones de seguridad semejantes.

³⁵ Rebollo Vargas resaltaba la exclusiva función de la Junta como órgano de asesoramiento militar al Presidente del Gobierno y al Ministerio de Defensa.

³⁶ Esta materia está regulada en los artículos 12 a 32 del Reglamento de desarrollo de la Ley de Secretos Oficiales.

Las combinaciones de las cerraduras de los equipos de seguridad sólo podrán ser cambiadas por personas que tengan el adecuado visado de seguridad y en los casos siguientes:

- a) Que una persona concedora de la combinación sea trasladada de la dependencia a que pertenece el equipo, o se le haya retirado el visado o credencial de seguridad.
- b) Que la combinación haya sido sometida a reparación.
- c) Siempre que el Jefe del Servicio de Protección de Materias Clasificadas lo estime oportuno, de acuerdo con el Ministro.
- d) Como mínimo, una vez al año.

La clasificación asignada a documentos encuadernados, tales como libros o folletos, cuyas páginas estén sólida y permanentemente unidas, deberá estar visiblemente marcada o estampillada en el exterior de la cubierta frontal, en la página del título, en la primera página, en la última página y en el exterior de la cubierta posterior. En cada caso, las marcas se estamparán en la parte superior e inferior de la página o cubierta.

Si se tratase de documentos no encuadernados, tales como escritos, cartas, memoranda, informes, telegramas y otros documentos similares, cuyas páginas no están unidas de manera sólida y permanente, las marcas o estampillas deberán hacerse en la parte superior e inferior de cada página, de forma que la señal quede claramente visible cuando las páginas estén grapadas o sujetas con clips. En el caso de planos, mapas, croquis, bocetos y demás documentos similares, la marca de clasificación se estampará bajo la leyenda, cuerpo o título o escala, de tal forma que quede claramente reproducida en todas las copias que de los mismos se obtengan. Dicha clasificación deberá ser marcada también en la parte superior e inferior en cada caso.

El traslado fuera de los lugares específicamente destinados a la custodia de material clasificado como «secreto» se llevará a cabo de la siguiente forma:

Se hará cubierta interior y exterior opacas. La cubierta interior será lacrada y con sello de seguridad, con la indicación de «secreto», la dirección a donde aquél se transmite y con la indicación de que sólo podrá ser abierta por su destinatario. En la cubierta exterior, también debidamente lacrada, sólo figurará la dirección correspondiente, sin ningún índice de la clasificación de su contenido. Adjunto a la cubierta interior llevará un impreso de recepción o «recibo» que identificará al remitente, destinatario y documento o material, sin contener ninguna indicación secreta y que deberá devolverse firmado y sellado por el receptor.

Si se tratase de material clasificado de «reservado», su traslado deberá llevarse a cabo también en dos cubiertas, de las cuales la exterior no llevará ninguna clasificación de seguridad. La interior, precintada y sellada, con la indicación escueta de la clasificación y la dirección a donde aquél se transmite. En este caso, sólo se requerirá un recibí si el expedidor lo juzga necesario.

La transmisión del material secreto se llevará a cabo, preferiblemente, por medio de contacto directo de los funcionarios a quienes tal función corresponda, o por personal específicamente designado, valija diplomática, por un sistema de correos creado expresamente para este fin o por medios de transmisión en forma cifrada.

En todo tiempo se mantendrá un control adecuado de la transmisión de material clasificado, llevándose un registro contable exacto del material transmitido, con una severa limitación del número de documentos entregados y copias que de los mismos se hagan.

La información clasificada no podrá ser transmitida o revelada por medio del teléfono, excepto en los casos en que así se disponga, expresamente, por medio de determinados circuitos, tanto civiles como militares.

La persona responsable del Servicio de Protección de Materias Clasificadas supervisará el registro de todo el material clasificado en un impreso especial, en el cual figurarán el órgano de origen, la fecha y la calificación correspondiente; el movimiento de tal material y su destrucción, en su caso. Cada impreso especial deberá referirse a una materia, pudiéndose agrupar en un solo legajo todo el material que se refiera al mismo concepto. Todos los ejemplares de un documento clasificado serán numerados por la Autoridad encargada de la calificación, y lo mismo deberá hacerse cuando una entidad distinta fuere autorizada para su reproducción. En este caso, la Autoridad encargada de calificar indicará los números correspondientes a los ejemplares de copia. A continuación del número de ejemplares deberá figurar el número de folios del mismo.

En todos los Servicios de Protección de Materias Clasificadas, la persona responsable de los mismos procederá a realizar un inventario en el mes de enero de cada año. De su resultado se remitirá certificación al Ministro del Departamento, quien la devolverá con su conformidad o reparos.

El examen de materias clasificadas sólo se autorizará mediante expedición de la correspondiente autorización por la Autoridad encargada de la calificación, a personas cuyos deberes oficiales requieren tal acceso, y con especificación de si se trata de una sola vez o con carácter habitual y ello, únicamente, si han sido calificadas en aquella autorización, como personal de confianza. En todo caso, en el Servicio de Protección de Materias Clasificada se llevará un registro contable de las personas a las cuales se haya facilitado acceso al material clasificado, incorporándose un ejemplar, de un documento debidamente firmado por el Jefe del Servicio y la persona autorizada, al legajo correspondiente con especificación de las circunstancias personales, fecha, Autoridad que extendió la autorización y contenido de ésta.

Por otra parte, y a menos que en la autorización se disponga expresamente lo contrario, no se permitirá, en ningún caso, la toma de notas, datos y demás pormenores del material correspondiente.

La persona responsable del Servicio, por sí o por medio de otra persona a sus órdenes, y de cuya actuación sea aquella responsable, deberá estar presente en todo momento, mientras dure el examen del material.

Siempre que la Autoridad encargada de la calificación juzgare que el material clasificado resultare ya inservible, ordenará su destrucción a todas las dependencias que lo poseyeran o hubiesen obtenido copias o reproducciones del mismo. Nadie podrá, en circunstancias normales, destruir material clasificado sin haber obtenido previamente, autorización de aquella Autoridad.

Si algún Organismo, luego de haber recibido orden de destrucción de determinado material clasificado, entendiéndose que algún ejemplar continúa siendo necesario, solicitará, motivadamente, de la Autoridad calificadora, la correspondiente autorización para conservarlo.

El material clasificado será destruido por medio del fuego, procedimientos químicos o, cuando tales medios no existan, por medio de artefactos que los reduzcan a pulpa o fragmentos tan minúsculos que imposibiliten su reconstrucción. En todo caso, la destrucción habrá de ser completa.

La destrucción deberá llevarse a cabo bajo la supervisión de la persona responsable del Servicio de Protección de Materias Clasificadas, debiendo ser certificada por el mismo y dándose cuenta inmediatamente de ello, por conducto reglamentario, a la autoridad calificadora. Dichos certificados de destrucción serán numerados dentro de cada año por el Organismo interesado. En la hoja de control, del Organismo que procedió a la distribución del material o autorizó su destrucción deberá cumplimentarse el espacio referente a la recepción de los certificados.

Todos los Organismos poseedores de material clasificado deberán tener previsto, para casos de emergencia, un plan de destrucción del conjunto de aquél. Dicho plan deberá ser estudiado por la persona responsable del Servicio de Protección de Materias Clasificadas, la cual, a la vista de los sistemas más accesibles y adecuados, deberá adoptar las medidas necesarias para su inmediata y rápida ejecución.

Cualquier persona que tuviere a su cargo la elaboración o copia de material clasificable deberá adoptar las medidas tendentes a que sean destruidos, en el más breve plazo posible, los borradores, minutas, hojas inutilizadas y papeles químicos u otros elementos que hayan servido para tales fines.

Respecto a las personas que no sigan estas normas o incumplan el deber de reserva³⁷ o sigilo se podrán derivar consecuencias penales o disciplinarias. En este sentido el artículo 13 del Reglamento de desarrollo, determina que las actividades reservadas por declaración de Ley y las «materias clasificadas» no podrán ser comunicadas, difundidas ni publicadas, ni utilizado su contenido fuera de los límites establecidos por la Ley. El incumplimiento de esta limitación será sancionado, si procediere, conforme a las leyes penales, y por vía disciplinaria, en su caso, considerándose en este último supuesto la infracción como falta muy grave.

6. NORMATIVA RELACIONADA CON LA LEY DE SECRETOS OFICIALES

La vigente Ley de Secretos Oficiales debe ponerse en relación con otras leyes, como la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, la Ley del Patrimonio Histórico Español y la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, porque tales leyes protegen el bien jurídico de la

³⁷ El artículo 11.1 de la Ley de Secretos Oficiales lo expresa genéricamente cuando señala que las personas facultadas para tener acceso a una «materia clasificada» quedarán obligadas a cumplir con las medidas y prevenciones de protección que reglamentariamente se determinen, así como las particulares que para cada caso concreto puedan establecerse.

seguridad y defensa del Estado, al prohibir el acceso a documentos cuyo contenido pueda afectar a las materias clasificadas de acuerdo con la Ley de Secretos Oficiales o pueda entrañar riesgos para la seguridad y defensa del Estado.

El artículo 37.5 b) de la LPC, señala que el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos no puede ser ejercido respecto a los expedientes que contengan información sobre la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado. El artículo 57 de la Ley 16/85, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, dispone que los documentos constitutivos del Patrimonio Documental Español no podrán ser libremente consultados cuando «afecten a materias clasificadas de acuerdo con la Ley de Secretos Oficiales o no deban ser públicamente conocidos por disposición expresa de la ley» o cuando «la difusión de su contenido pueda entrañar riesgos para la Seguridad y Defensa del Estado o la averiguación de los delitos», si bien la Autoridad que declaró «*secretos*» o «*reservado*» determinados documentos puede conceder autorización para el acceso si así se le solicita. Asimismo, el artículo 23.1 de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LPDPC), señala que los responsables de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de los ficheros que contengan datos de carácter personal, podrán denegar el acceso «en función de los peligros que pudieran derivarse para la defensa del Estado o la seguridad pública, la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando». La propia recogida de datos personales por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sólo podrá realizarse sin consentimiento del afectado en los casos en que sea necesario «para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales» (artículo 22.2 de la LPDPC).

En el ámbito del Ministerio de Defensa hay que hacer mención a una normativa, que trata de establecer los criterios que deben seguirse en la actuación de los militares y sus funcionarios cuando utilicen materia reservada. Siguiendo el estudio realizado por la Capitán Auditor M^a Dolores Arocas Nogales, destinada en la Asesora Jurídica del Cuartel General del Ejército³⁸, el fundamento de la normativa relativa a los secretos oficiales en el ámbito Ministerio de Defensa se encuentra en la disposición adicional del Decreto 242/69, la cual autorizaba a los departamentos ministeriales con competencia sobre las Fuerzas Armadas, así como al Ministerio de Asuntos Exteriores, a dictar normas específicas de régimen interior, por lo que, en virtud de esa autorización, el Ministro de Defensa suscribió la Orden Ministerial Comunicada 1/1982, de 25 de enero, por la que se aprobaban las normas para la protección de la documentación y material clasificado. La novedad de esta disposición reside en la introducción en nuestra normativa de las materias objeto de «reserva interna», con dos distintos grados de clasificación: confidencial y difusión limitada. Con ello se completa el conjunto de las materias clasificadas, con dos grados de clasificación que derivan de la propia Ley 9/1968, con la protección que ésta dispensa al secreto y al reservado, y otras dos que encuentran su justificación en norma con rango de orden ministerial, lo que dará lugar a un distinto tratamiento de las dos primeras respecto de las últimas.

³⁸ Me baso en el Trabajo Académico de Investigación Jurídica para la obtención del Diploma de Especialización en Derecho Administrativo realizado por la autora. Arocas Nogales, M^a Dolores (2009). La Protección de Datos de Carácter Personal y el Secreto Oficial en las Fuerzas Armadas, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Madrid, pp.19 a 22.

Los años 2001 y 2002 resultan especialmente prolíficos en la materia, dictándose las siguientes disposiciones:

- Orden Ministerial Comunicada 17/2001, de 29 de enero, por la que se aprueba el manual de protección de materias clasificadas del Ministerio de Defensa en poder de las empresas.
- Orden Ministerial Comunicada 44/2001, de 27 de febrero, por la que se aprueba la normativa para la aplicación del manual de protección de materias clasificadas del Ministerio de Defensa en poder de las empresas.
- Orden Ministerial 81/2001, de 20 de abril, por la que se aprueban las normas de protección de contratos del Ministerio de Defensa.
- La Orden DEF/315/2002, de 14 de febrero, por la que se aprueba el plan director de sistemas de información y telecomunicaciones.
- La Orden Ministerial 76/2002, de 18 de abril, por la que se establece la política de seguridad para la protección de la información del Ministerio de Defensa almacenada, procesada o transmitida por sistemas de información y telecomunicaciones.

Llegamos de este modo a la Orden Ministerial 76/2006, de 19 de mayo, por la que se aprueba la política de seguridad de la información del Ministerio de Defensa, definida por ella misma como «aquella que es generada de manera oficial por personal del departamento o por entidades ajenas que desarrollan trabajos para éste según los acuerdos correspondientes; y toda aquella que no se encuentre recogida en acuerdos nacionales o internacionales y que de forma específica se deposita en el Ministerio de Defensa para su tratamiento oficial». En la Orden se mantienen los cuatro grados de protección: el secreto y reservado para las materias clasificadas que puedan dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado, y el confidencial y la difusión limitada para las materias objeto de reserva interna que pudieran afectar a la seguridad del Ministerio de Defensa, amenazar sus intereses o dificultar el cumplimiento de su misión.

Los cuatro grados de clasificación, con una redacción muy mejorada respecto de los textos que le preceden, se describen del modo siguiente:

SECRETO: se aplicará a los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos que precisen del más alto grado de protección por su excepcional importancia y cuya revelación no autorizada por autoridad competente para ello pudiera dar lugar a riesgos o perjuicios de la seguridad y defensa del Estado.

RESERVADO: se aplicará a los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos, no comprendidos en el apartado anterior por su menor importancia, pero cuyo conocimiento o divulgación pudiera afectar a la seguridad y defensa del Estado.

CONFIDENCIAL: se aplicará a los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos, no comprendidos en los apartados anteriores, cuya revelación no autorizada pudiera dañar la seguridad del Ministerio de Defensa, perjudicar sus intereses o dificultar el cumplimiento de su misión.

DIFUSIÓN LIMITADA: se aplicará a los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos, no comprendidos en los apartados anteriores, cuya revela-

ción no autorizada pudiera ir en contra de los intereses y la misión del Ministerio de Defensa.

Finalmente, la disposición derogatoria única de la Orden Ministerial 76/2006, deroga expresamente la Orden Ministerial Comunicada 1/1982, de 25 de enero, y la Orden Ministerial 76/2002, de 18 de abril, las cuáles, sin embargo, continúan en vigor por mandato de la disposición transitoria única, en tanto no se publiquen las normas de las diversas áreas en que se subdivide la seguridad de la información: en las personas, en los documentos, en los sistemas de información y telecomunicaciones, en las instalaciones y en poder de las empresas.

Por último, hay que hacer mención a las Normas para la aplicación de la Política de Seguridad de la Información del Ministerio de Defensa, regulada en la Instrucción 11/2008 de SEDEF, que tienen como finalidad establecer la estructura funcional de la seguridad de la Información del Ministerio de Defensa, sus responsables y cometidos.

En otro orden de cosas, hay que hacer referencia al Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de mayo de 1985 y sobre todo al de 28 de noviembre de 1986, por el que se clasifican determinados asuntos y materias con arreglo a la Ley de Secretos Oficiales. En este Acuerdo de 1986, en primer lugar, se otorga con carácter genérico, la clasificación de **SECRETO** a:

- 1.- Las claves y material de cifra criptográfico.
- 2.- El despliegue de unidades y orden de batalla; el Centro de Conducción de Operaciones Estratégicas (CECOE) y, en general, todos los sistemas de mando, control y comunicaciones, incluidas las redes militares permanentes.
- 3.- Las deliberaciones de la Junta de Defensa Nacional, de la Junta de Jefes de Estado Mayor, de los Consejos Superiores de los tres ejércitos y de la Comisión Delegada del Gobierno para Situaciones de Crisis.
- 4.- La estructura, organización, medios y procedimientos operativos específicos de los servicios de información, así como sus fuentes y cuantas informaciones o datos puedan revelarlas.
- 5.- Los estados de eficacia operativa y de moral de las unidades.
- 6.- Los informes y datos estadísticos sobre movimiento de fuerzas, buques o aeronaves militares.

En segundo lugar se otorga con carácter genérico, la clasificación de **RESERVADO** a:

- 1.- Los destinos de personal de carácter especial.
- 2.- Los planes de seguridad de Instituciones y organismos públicos así como de las Unidades, Centros u Organismos de las Fuerzas Armadas y de los Centros de Producción de Material de Guerra.
- 3.- Los planes de protección de todas aquellas personas sometidas a la misma, específicamente de las autoridades y de los miembros de las Fuerzas Armadas.
- 4.- Las investigaciones y desarrollos científicos o técnicos de carácter militar realizadas por industrias militares o de interés para la defensa.
- 5.- La producción, adquisición, suministros y transportes de armamento, munición y material bélico.

- 6.- Las concepciones, informes individuales y sanciones del personal militar.
- 7.- Las plantillas de personal y de medios y de equipo de las Unidades.

Asimismo, tendrán la misma clasificación genérica de **SECRETO** o **RESERVADO**, según corresponda, todos aquellos documentos necesarios para el planeamiento, preparación o ejecución de los documentos, acuerdos o convenios a que se refieren los apartados anteriores.

En el ámbito del Ejército de Tierra, es necesario hacer referencia a la siguiente normativa relativa a materias clasificadas:

- Instrucción General 9/89 del Estado Mayor del Ejército (2ª División), de «Protección de Materias Clasificadas», que define los principios generales a observar para la coordinación de las acciones a desempeñar en el Ejército para la protección de materias clasificadas. Asimismo, desarrolla normas complementarias de las establecidas en la Orden Ministerial Comunicada 1/1982.
- Oficio del Centro de Inteligencia y Seguridad del ejército de Tierra (CISSET) 512-S-2º Nº 1827 de 20 de septiembre de 2004, de Personal de tropa en el Servicio de Protección de Documentación Clasificada (PDC) (CONFIDENCIAL), en el que se determina que el personal auxiliar integrado en los Servicios de Protección será de categoría no inferior a Suboficial o, excepcionalmente, personal civil debidamente habilitado. Por otra parte se señala que la unidad que tenga la necesidad de que el personal de Tropa forma parte del Servicio PDC, realizará la correspondiente petición y que la autorización a personal de Tropa con una relación de servicios de carácter no permanente se realizará con carácter excepcional.
- Oficio de CISSET 512-Sº Nº 75 de 13 de Enero de 2005, de Clasificación de las actas de destrucción (DIFUSIÓN LIMITADA), en la que se establece como criterio que las actas de destrucción no se clasificarán, excepto cuando en la misma se refleje información que requiera su clasificación, para lo cual se prestará la máxima atención sobre al apartado ASUNTO del acta, ya que es normalmente la única referencia en la que se pudiera revelar información sensible.
- Oficio General del Segundo Jefe de Estado Mayor del Ejército nº 449-C, de 28 de junio de 2007, de eliminación de copia de documentación clasificada tramitada por CECOM,³⁹ (CONFIDENCIAL), relativa a la permanencia de documentos clasificados.

Saliéndonos del ámbito del Ejército de Tierra, hay que señalar que el Código Penal (CP) recoge conductas delictivas relacionadas con materias clasificadas, dentro del Título XXIII, que lleva como rúbrica «De los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado, y relativos a la defensa nacional». En el Capítulo I «Delitos de Traición», se establece en el artículo 584 que el español que, con el propósito de favorecer a una potencia extranjera, asociación u organización internacional, se procure, falsee, inutilice o revele información clasificada como reservada o secreta, susceptible de perjudicar la seguridad nacional o la defensa nacional, será castigado, como traidor, con la pena de prisión de seis a doce años. Tiene su concordancia en el artículo

³⁹ CECOM son las siglas que se utilizan para referirse a Centro de Comunicaciones que existe en cada Unidad del Ejército de Tierra.

50 del Código Penal Militar.⁴⁰ Este artículo determina que el español que en tiempo de guerra realizare actos de espionaje militar, conforme a lo previsto en el capítulo siguiente, será considerado traidor y condenado a la pena de veinte a veinticinco años de prisión. Por otra parte, el militar que realizare dichos actos en tiempo de paz será condenado a la pena de diez a veinticinco años de prisión⁴¹.

El artículo 585 CP castiga la provocación, conspiración y la proposición para cualquiera de los delitos previstos en los artículos anteriores, y el artículo 586 CP, al extranjero que cometiere los delitos comprendidos en el Capítulo primero con pena inferior en grado a la señalada por ellos, salvo lo establecido por Tratados o por el Derecho de gentes acerca de los funcionarios diplomáticos, consulares y de Organizaciones internacionales.

Por otra parte, el Capítulo III del Código Penal que lleva por denominación «Del descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la defensa nacional», se encuentran castigadas las conductas típicas relativas a materia clasificada desde el artículo 598 al 603. Tiene su paralelo en el ámbito militar en los artículos 53 a 56 del Código Penal Militar (CPM), dentro del Capítulo III del Título I del Libro Segundo, relativo a la revelación de secretos o informaciones relativas a la Seguridad Nacional y Defensa Nacional.

Por último, el artículo 60 del CPM, regulado dentro del Capítulo IV, «Atentados contra los medios o recursos de la Defensa Nacional», se castiga al militar que destruyere correspondencia oficial o documentación legalmente clasificada relacionada con la Seguridad Nacional o la Defensa Nacional, así como la mera posesión de la misma, sin autorización.

Debe, asimismo, relacionarse la Ley de Secretos Oficiales con los Tratados internacionales que sobre protección de información clasificada tiene España firmados con otros países y que son derecho aplicable en nuestro país. Estos son:

- El 2 de diciembre de 1983, España e Italia firmaron un Acuerdo sobre protección de informaciones clasificadas (Protocolo de 16 de junio de 1986, publicado en el BOE de 7 de agosto de 1987).
- El 12 de marzo de 1984, España firmó con Estados Unidos Acuerdo y Protocolo, sobre Seguridad de Información Clasificada (publicado en el BOE de 12 de julio de 1985). Recientemente ha rubricado el 10 de abril de 2002, el Convenio de Cooperación para la Defensa, que permite a los servicios de inteligencia estadounidense actuar en nuestros país.
- El 8 de julio de 1985, España firmó con Suecia el Acuerdo de Cooperación en proyectos de Defensa (Protocolo de 8 de julio de 1985, publicado en el BOE de 3 de junio de 1987).
- Con Noruega se firmó el Acuerdo y Protocolo de 17 de junio de 1986 (publicado en el BOE de 13 de agosto de 1987).
- Con Francia, el acuerdo sobre protección de información clasificada de 22 de febrero de 1989 (publicado en el BOE de 12 de julio de 1990).

⁴⁰ El CPM se encuentra regulado en la Ley Orgánica 13/85, de 9 de diciembre.

⁴¹ En el Capítulo Primero del Título primero del Libro Segundo, «Traición militar».

- Con Suiza un Acuerdo sobre Protección mutua de información clasificada (publicado en BOE de 18 de marzo de 2002).
- Acuerdo para la protección de materias clasificadas entre el Reino de España y la República Portuguesa, hecho en Madrid el 10 de enero de 2008 (publicado en el BOE de 13 de julio de 2009).
- Acuerdo entre el Reino de España y la República Eslovaca para la protección mutua de Información Clasificada, hecho en Bratislava el 20 de enero de 2009 (publicado en el BOE de 1 de febrero de 2010).
- Acuerdo entre el Reino de España y la República de Corea sobre protección de la información clasificada en materia de defensa, hecho en Seúl el 23 de marzo de 2009 (publicado el 12 de marzo de 2010).

Todos estos acuerdos bilaterales poseen una estructura y un contenido similar, teniendo como principal objetivo garantizar la confidencialidad de las informaciones clasificadas intercambiadas entre las partes en el marco de las negociaciones y los acuerdos de cooperación ya celebrados o que vayan a celebrarse, así como de otros instrumentos contractuales de organizaciones, tanto públicas como privadas, y de establecer un conjunto de normas para la protección mutua de la Información clasificada. Ambos Estados se comprometerían, en líneas generales, a otorgar a las informaciones clasificadas proporcionadas por el país emisor la misma protección que a las informaciones nacionales de condiciones equivalentes y, en todo caso, el nivel de protección que el propio país emisor le ha otorgado (normalmente se distinguen como grados de seguridad entre secreto, reservado, confidencial y difusión limitada⁴²), a no transmitir la información recibida a terceros Estados sin consentimiento expreso del país emisor y a utilizar la información recibida exclusivamente para los fines previstos por el Acuerdo o los contratos y subcontratos que pudieran derivarse del mismo, a respetar los derechos de propiedad relativos a la información comunicada.

Por último, al margen de estos acuerdos bilaterales de protección de información clasificada entre España y una serie de Estados, están los Instrumentos de Adhesión de España al Acuerdo de la OTAN para la salvaguarda mutua del secreto de las invenciones relativas a la defensa, respecto de las cuales se hayan presentado solicitudes de patentes, de 21 de septiembre de 1960, y para la comunicación de información técnica con fines de defensa, de 19 de octubre de 1970.⁴³

⁴² Dichos grados de seguridad tienen su equivalente en inglés y son Top secret, Secret, Confidential y Restricted.

⁴³ Estos Instrumentos de Adhesión se suscribieron por el Gobierno español el 17 de julio de 1987, previa autorización de las Cortes por mandato imperativo del artículo 94.1 de la Constitución Española y se publicaron en el BOE de 10 de septiembre de 1987. Véase el Debate de la Comisión de Asuntos Exteriores de 13 de mayo de 1987 (D.S. nº 132) y el Pleno de 21 de Mayo de 1987 (D.S. nº 51). Wilkinson Morera de la Vall, Helen (2007), Secretos de Estado y Estado de Derecho: régimen jurídico de los secretos oficiales en España, Atelier, Barcelona, p. 94.

7. NORMATIVA RELATIVA A LOS SECRETOS OFICIALES EN LOS PAÍSES ÁMBITO OTAN

7.1. Estados Unidos

La Constitución Americana se manifiesta a favor de la publicidad y la libertad de expresión⁴⁴. No se contempla el recurso al secreto por el Ejecutivo pero, en cambio, sí se consagra en el texto constitucional, en el artículo 1, sección 5, la discrecionalidad del Congreso para establecer o no y en qué extensión, el secreto parlamentario. Por otra parte, cabe el control del secreto por los Tribunales aunque, por lo general, admiten como buenas las razones denegatorias de la entrega de información que les hace la Administración, y todo ello en base a la orden «*Vaughn*»⁴⁵. No obstante lo dicho, tras los atentados del 11 de septiembre, parece que puede originarse una recesión en dicho control.

Siguiendo a Revenga⁴⁶, además de la Constitución, hay que hacer mención a la siguiente normativa:

- National Security Act, de 1947, que deposita en el Presidente el control de la política de seguridad nacional.
- Central Intelligence Agency Act, de 1949, que regula el estatuto de la CIA y mantiene en secreto su financiación, que a partir de 1976 es compartido por algunos congresistas.
- Internal Security Act, de 1950, que confirma la capacidad presidencial para clasificar y que supone el desplazamiento del secreto desde su esfera tradicional hasta el ámbito de la Administración civil.
- Atomic Energy Act, de 1954, que prohíbe la comunicación de datos reservados y permite la adopción de medidas cautelares y la censura previa cuando puedan producirse de forma inminente violaciones de las prohibiciones establecidas en la ley.
- Freedom of Information Act, de 1966, que ha sufrido varias reformas posteriores y que regula el derecho de acceso a los archivos de los organismos federales.
- Federal Privacy Act, de 1974, que garantiza el acceso a los archivos personales y resguarda el derecho a la intimidad frente a posibles abusos por la Administración.

⁴⁴ El reconocimiento a la libertad de expresión se encuentra en la Primera Enmienda que dice textualmente «*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances*».

⁴⁵ Llamada así porque su origen se encuentra en el caso «*Vaughn vs Rosen*», en que el Tribunal de Apelación del Circuito de Washington exigió a los organismos administrativos poner a disposición del demandante y del propio Tribunal, un índice detallado de los documentos cuya entrega se denegaba, expresando los motivos de la denegación.

⁴⁶ Revenga (1995), El imperio de la política. Seguridad nacional y secreto de Estado en el sistema constitucional americano, Ariel, Barcelona, p. 19 a 73.

- Government in the Sunshine Act, de 1976, que contempla la posibilidad de asistir a las reuniones de determinados organismos federales y favorece así el conocimiento público de la toma interna de decisiones en la Administración.
- Intelligence Oversight Act, de 1980, que trata de encontrar un punto de equilibrio entre las operaciones encubiertas del Ejecutivo y su control por el Congreso.
- Classified Information Procedures Act, de 1980, que trata de resolver los problemas que pueden derivarse de la utilización de información clasificada en los procedimientos penales.
- Immigration Act, de 2002 que permite la detención preventiva de sospechosos inmigrantes por un tiempo máximo de 7 días.

7.2. Gran Bretaña

La vigente normativa relativa a los secretos oficiales es la siguiente:

- Official Secrets Act, de 1989⁴⁷, que reforma el artículo 2 de la Ley de Secretos Oficiales de 1911, cuyo propósito declarado es reducir la cantidad de información protegida mediante sanciones penales a las áreas en las que su revelación constituya un perjuicio para el interés público. La ley ha realizado un esfuerzo por no utilizar cláusulas indeterminadas y especificar en cada una de las materias lo que puede ser dañino para los intereses protegidos, lo cual ha aligerado la regulación jurídica de los secretos oficiales. La Ley se aplica no sólo a los funcionarios que desvelan material no autorizado, sino también a los periodistas y editores.⁴⁸

Según la misma, es un delito desvelar información en áreas en las que la revelación de alguna información puede ser suficientemente dañina para el interés público como para justificar la aplicación de sanciones penales. El grado de daño al interés público debe fijarse por un jurado y no por certificaciones administrativas. La nueva Ley convierte en ilícito penal la revelación de información en las siguientes categorías: 1) asuntos de seguridad e inteligencia; 2) defensa; 3) relaciones internacionales; 4) asuntos relativos a la ejecución de las leyes: potestades de investigación criminal y de investigación especial. La prueba del daño varía de acuerdo con la categoría, a pesar de que en ninguno de los casos resulta necesario probar un «serio daño». El propósito declarado de la legislación de secretos oficiales es proteger la información que, de acuerdo con el interés público, no debe ser desvelada. Como consecuencia, la responsabilidad por desvelar información no autorizada no se limita a los funcionarios o altos cargos, sino que se extiende a cualquier persona, incluidos los periodistas. La revelación, sin embargo, será en su caso un delito sólo si produce

⁴⁷ Palmer, Stephanie (1991), Girton College, Cambridge, La Ley Británica de Secretos Oficiales, Revista Española de Derecho Administrativo n° 126, pp. 495-510.

⁴⁸ Esta ley se refiere a las filtraciones de información oficial.

un efecto lesivo de acuerdo con la definición de la ley, o si el desvelador tiene causa razonable para creer que podría producirlo.

- Security Service Act, de 1989, e Intelligence Service Act, de 1994, que regulan el funcionamiento de los Servicios de Seguridad e Inteligencia.
- Immigration Appeals Commission Act, de 1997, e Immigration and Asylum Act, de 1971, promulgadas como consecuencia de una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la que se obligaba al Reino Unido a establecer controles independientes y efectivos en garantía de los derechos individuales en los casos de deportaciones por motivos de seguridad nacional.
- Freedom of Information Act, promulgada el 7 de diciembre de 2000. El propósito se centra básicamente en proclamar formalmente el derecho de los ciudadanos al acceso a la información en manos de las autoridades públicas, aunque sigue existiendo una fuerte oposición en ciertos casos. Se proclama la reserva en los siguientes ámbitos: seguridad nacional, defensa, servicios de policía, seguridad pública y del ambiente, intimidad personal, relaciones comerciales e información suministrada confidencialmente, información que piensa publicarse en el futuro, las comunicaciones con Su majestad, la formulación de la política del gobierno, las relaciones internacionales y nacionales, los archivos judiciales, la economía y las funciones de auditoría de las cuentas de las autoridades públicas, entre otras, hasta llegar a los 23 apartados de excepción de acceso.

Con respecto a la exclusión de acceso a la información concerniente a la seguridad nacional, se menciona que no se podrá acceder a información relativa a los cuerpos del Servicio de Seguridad, los Servicios Secretos de Inteligencia, las Fuerzas Especiales, etc.⁴⁹. En relación a la defensa, se menciona que está excluida del derecho de acceso a la información que pueda perjudicar la defensa del Reino Unido o la efectividad de sus Fuerzas Armadas.

7.3. Italia

La Constitución italiana hace referencia al deber público de defensa de la Patria y al deber de fidelidad. Así el artículo 52 determina que «La defensa de la patria constituye un deber sagrado del ciudadano. El servicio militar será obligatorio, dentro de los límites y con las modalidades que se establezcan en la ley. Su cumplimiento no menoscabará la situación laboral del ciudadano ni el ejercicio de los derechos políticos. El ordenamiento de las Fuerzas Armadas se inspirará en el espíritu democrático de la República»⁵⁰ y el artículo 54 señala que «Todos los ciudadanos tendrán el deber de ser fieles a la República y de observar la Constitución y las leyes. Los ciudadanos a quienes estén confiadas funciones públicas tendrán el deber de cumplirlas con disciplina y honor; prestando juramento en el caso que la

⁴⁹ Sección 23 de la Ley.

⁵⁰ Art. 52 «La difesa della Patria è sacro dovere del cittadino. Il servizio militare è obbligatorio nei limiti e modi stabiliti dalla legge. Il suo adempimento non pregiudica la posizione di lavoro del cittadino, né l'esercizio dei diritti politici. L'ordinamento delle Forze armate si informa allo spirito democratico della Repubblica.

ley lo establezca».⁵¹ De la Constitución italiana únicamente podrá derivarse el fundamento de la necesaria existencia de secretos de Estado, no quién tiene atribuida la competencia para declararlos o para oponerlos ante una reclamación por parte de la autoridad judicial.

Al margen de la Constitución, entre la normativa italiana relacionada con el secreto hay que hacer referencia a la Ley 801, de 24 de octubre de 1977, sobre la institución y orden de los servicios para la información y la seguridad y la disciplina del secreto de estado y la Ley 241, de 7 de agosto de 1990, reguladora del derecho de acceso a los documentos administrativos. Estas normas prescriben lo que queda cubierto por el secreto oficial y las excepciones al derecho a la información de los ciudadanos. También prevén la forma de llevar a cabo el control parlamentario y judicial del secreto.

La Ley 801, de 24 de octubre de 1977, dispone que están cubiertos por el secreto de Estado, *«los actos, los documentos, las noticias, las actividades y cualquier otra cosa cuya difusión sea idónea para provocar daño a la integridad del Estado democrático, incluso en relación a los acuerdos internacionales, a la defensa de las instituciones establecidas por la Constitución, al libre ejercicio de las funciones de los órganos constitucionales, a la independencia del Estado en relación a otros Estados y a sus relaciones con ellos, a la preparación y a la defensa militar del Estado»*.

Y por otra parte, la Ley 241, de 7 de agosto de 1990, complementada por Decreto 352, de 27 de junio de 1992, además de excluir del acceso los supuestos incluidos en el artículo 12 de la Ley 801, afirma que por Decreto Presidencial se podrán excluir otros, en orden a salvaguardar la seguridad y defensa nacional y las relaciones internacionales, la política monetaria y de valores y el orden público y la prevención de la criminalidad. De manera que el acceso a la información puede verse importante-mente recortado en cuestiones que no constituyen riesgos para la seguridad nacional. Asimismo, esta ley proclama la creación de la Comisión de acceso a los documentos administrativos, que tiene como misión velar por la vigencia del principio de transparencia administrativa y elaborar un informe anual que comunica a la Cámara y al Presidente del Consejo de Ministros, pudiendo proponer modificaciones legislativas y reglamentarias que a su juicio vayan a favorecer la transparencia administrativa y la garantía del derecho de acceso a los documentos.

7.4. Francia

En Francia no hay una norma constitucional expresa que contemple el uso del secreto por motivos de seguridad nacional, ni parece existir una muy clara delimitación jurídica del secreto. Entre la normativa relacionada con el secreto hay que hacer mención en primer lugar, a la Ley 78/753 de 17 de junio de 1978 (matizada por los artículos 413.9, 434.3 y 226.13 del código penal de 1994 y reformada parcialmente

⁵¹ Art. 54 «Tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi. I cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge.

por Ley 79/587, de 11 de julio 1979, Decreto 88/465 de 28 de abril de 1988 y Ley 2000/321 de 12 de abril de 2000), que establece la libertad de acceso a los documentos administrativos y las excepciones de acceso. En segundo lugar, el Decreto 85/514 de 12 de mayo de 1981 sobre organización de la protección de los secretos y de las informaciones concernientes a la defensa nacional y a la seguridad del Estado y por último, las Ordenanzas de 17 de noviembre de 1958, sobre la actuación de las Comisiones de Investigación y Control y de 4 de febrero de 1959, sobre declaración de funcionarios en asuntos relacionados con la seguridad nacional, que inciden en el control parlamentario y judicial del secreto.

La Ley 78/753 contempla importantes excepciones a esa libertad de acceso, determinando los tipos de documentos que pueden ser denegados, vetando el acceso a la información cuando la comunicación pueda afectar a las deliberaciones del Gobierno y de las autoridades relevantes responsables del poder ejecutivo, a la defensa nacional y la política exterior, a la moneda y al crédito público, a la Seguridad del Estado y a la seguridad pública, y con carácter general, a los secretos protegidos por la ley. También se prevé la constitución de una «Comisión de acceso a los documentos administrativos», al igual que en la legislación italiana.

Por otra parte, la nota más importante del Decreto 85/514 es la regulación del acceso a la información clasificada; sólo puede acceder quien, para el cumplimiento de su misión, es autorizado por el Primer Ministro, el Ministro de Defensa o el Ministro competente según la categoría del secreto, que puede ser la de muy alto secreto defensa, secreto defensa y confidencial defensa. En este procedimiento de acceso se incluye al Parlamento y a los jueces.

7.5. Alemania

En el derecho alemán no existe una normativa unitaria reguladora del secreto de Estado, sino que hacen referencia al mismo una pluralidad de disposiciones jurídicas.

La Ley fundamental de Bonn garantiza la libertad de información con los únicos límites establecidos por las prescripciones de las leyes generales, y además dispone que quien haya sido lesionado en sus derechos por el poder público dispone de una vía de protección judicial.⁵² Por otro lado, el artículo 61 de la Ley de Funcionarios Federales, de 27 de febrero de 1985, y el artículo 54.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, obligan al funcionario a mantener secreto de los asuntos de los que haya tenido conocimiento en el ejercicio de su cargo y a no dar testimonio ni declarar sobre estos asuntos ni ante un tribunal ni extrajudicialmente sin haber sido autorizado para ello por su superior jerárquico, siendo el incumplimiento sancionado por el Código Penal, en su artículo 353 B, bajo el título Violación del secreto de servicio y de una obligación especial de secreto, que señala expresamente que

«(1) Quien revele sin autorización un secreto oficial que le ha sido confiado o de otra manera le sea conocido como:

⁵² Artículo 5 y 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn

1. titular de un cargo,

2. especialmente obligado con el servicio público, o

3. persona, que asume las tareas o competencias de acuerdo con el derecho de representación personal, y con ello ponga en peligro importantes intereses públicos, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa. Si el autor por el hecho ha puesto en peligro culposamente importantes intereses públicos, será castigado con pena privativa de la libertad hasta un año o con multa.

(2) Quien prescindiendo de los casos del inciso 1, sin autorización deje llegar a otro o haga conocer públicamente un objeto o una noticia sobre cuya guarda de secreto él esté obligado con base en una determinación de un órgano legislativo de la Federación o de un Estado, o de uno de sus comités o haya sido formalmente obligado por otra entidad oficial, bajo referencia a la punibilidad de la violación de la obligación de la guarda del secreto, y con ello ponga en peligro importantes intereses públicos, será castigado con pena privativa de la libertad de uno hasta tres años o con multa.

(3) La tentativa es punible.

(4) El hecho sólo será perseguido con autorización. La autorización será expedida por el presidente del órgano legislativo: a) en los casos del inciso 1, cuando el autor haya conocido el secreto durante su actividad en un órgano legislativo o para un órgano legislativo de la Federación o de un Estado, y b) en los casos del inciso 2, numeral 1; o por la autoridad federal suprema: a) en los casos de inciso 1, cuando el autor ha tenido conocimiento del secreto durante su actividad de otra manera en una autoridad o para una autoridad o para otra entidad oficial de la Federación, y b) en los casos del inciso 2, cuando el autor ha sido obligado por una entidad oficial de la Federación; o por la autoridad suprema de los Estados en todos los casos de los incisos 1 y 2 numeral 2»⁵³.

⁵³ Artículo 353 B:»

(1) Wer ein Geheimnis, das ihm als:

1. Amtsträger,

2. für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten oder

3. Person, die Aufgaben oder Befugnisse nach dem Personalvertretungsrecht wahrnimmt, anvertraut worden oder sonst bekanntgeworden ist, unbefugt offenbart und dadurch wichtige öffentliche Interessen gefährdet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Hat der Täter durch die Tat fahrlässig wichtige öffentliche Interessen gefährdet, so wird er mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Wer, abgesehen von den Fällen des Absatzes 1, unbefugt einen Gegenstand oder eine Nachricht, zu deren Geheimhaltung er

1. auf Grund des Beschlusses eines Gesetzgebungsorgans des Bundes oder eines Landes oder eines seiner Ausschüsse verpflichtet ist oder

2. von einer anderen amtlichen Stelle unter Hinweis auf die Strafbarkeit der Verletzung der Geheimhaltungspflicht förmlich verpflichtet worden ist, an einen anderen gelangen läßt oder öffentlich bekanntmacht und dadurch wichtige öffentliche Interessen gefährdet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(3) Der Versuch ist strafbar.

(4) Die Tat wird nur mit Ermächtigung verfolgt. Die Ermächtigung wird erteilt

Si los funcionarios no pueden declarar sin previa autorización de su superior jerárquico, el juez no dispone de poder para exigir en el juicio declaración sobre información relacionada con los secretos de estado, como se desprende del Código de Procedimiento Penal, en su artículo 96, que impone a los jueces la abstención en la exigencia de documentación cuando la autoridad competente considere que podría derivarse un perjuicio para el Estado. Además, la Ley de Control Parlamentario sobre las Actividades del Servicio Secreto del Estado, de 27 de mayo de 1992, permite al Gobierno negarse a dar información sobre ciertos procedimientos, justificando su negativa ante la Comisión Parlamentaria de Control.

8. CONCLUSIONES

I. Como primera conclusión hemos de señalar, que la normativa que regula los secretos oficiales se encuentra un tanto desfasada en relación a la realidad social y normativa del país. Ya han pasado varias décadas desde que se dictó la norma inicial relativa a los secretos oficiales, que pese a ser modificada en 1978, no contiene todos los elementos jurídicos que debiera tener, y sobre todo, no se encuentra armonizada con la norma esencial y fundamental, cual es la Constitución Española, y el marco normativo que se ha desarrollado a partir de esta Norma fundamental. Por ello, es necesaria la promulgación de una nueva ley que tenga en cuenta los principios contemplados en el artículo 9.1 de la C.E., los derechos fundamentales y libertades públicas y la posición constitucional de los poderes públicos. Por otra parte, el campo que debería cubrir esta nueva norma habría de limitarse a los aspectos de funcionamiento militar, policial, político y diplomático, relacionados con la seguridad y defensa del Estado. En cuanto a los grados de clasificación se debe adecuar a la normativa comparada, distinguiéndose entre Alto secreto, secreto y confidencial, facilitándose además el cumplimiento de los Tratados Internacionales sobre protección de información clasificada que tiene España firmados con otros países de su entorno. Asimismo, de acuerdo con el principio democrático y con el principio general de publicidad de la actuación de los poderes públicos, sería necesario establecer un plazo temporal o condición resolutoria para la desclasificación.

II. En segundo lugar, tras un estudio de la normativa de secretos oficiales en los países del ámbito OTAN y del entorno cultural de España, se aprecia que sus reglas son dispares, desde un claro secretismo típico de la legislación de los países anglo-

-
1. von dem Präsidenten des Gesetzgebungsorgans
 - a) in den Fällen des Absatzes 1, wenn dem Täter das Geheimnis während seiner Tätigkeit bei einem oder für ein Gesetzgebungsorgan des Bundes oder eines Landes bekanntgeworden ist,
 - b) in den Fällen des Absatzes 2 Nr. 1;
 2. von der obersten Bundesbehörde
 - a) in den Fällen des Absatzes 1, wenn dem Täter das Geheimnis während seiner Tätigkeit sonst bei einer oder für eine Behörde oder bei einer anderen amtlichen Stelle des Bundes oder für eine solche Stelle bekanntgeworden ist,
 - b) in den Fällen des Absatzes 2 Nr. 2, wenn der Täter von einer amtlichen Stelle des Bundes verpflichtet worden ist;
 3. von der obersten Landesbehörde in allen übrigen Fällen der Absätze 1 und 2 Nr. 2.

sajones como Estados Unidos y Gran Bretaña, a una cierta libertad de acceso pero con límites en los países continentales como Francia, Italia y Alemania.

BIBLIOGRAFÍA CITADA Y COMPLEMENTARIA

- AROCAS NOGALES, M^a DOLORES (2009), La Protección de Datos de Carácter Personal y el Secreto Oficial en las Fuerzas Armadas, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Madrid, pp.19 a 22, (Actualmente no se ha publicado).
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, ERNESTO (1996), Materias clasificadas y control parlamentario, Revista Española de Derecho Constitucional, año 16, número 48. Septiembre-Diciembre 1996.
- GÓMEZ ORFANEL, GERMÁN. (1996), «Secretos de Estado: Algo más de lo mismo», Revista «Jueces para la Democracia. Información y Debate», Madrid, N° 27, p.8.
- LÓPEZ GUERRA, L (1994) Introducción al Derecho Constitucional, Valencia.
- MINISTERIO DE DEFENSA (2009), «Prontuario de Legislación de Defensa», Secretaria General Técnica, Madrid.
- PALMER, STEPHANIE (1991), Girton College, Cambridge, La Ley Británica de Secretos Oficiales, Revista Española de Derecho Administrativo n° 126, pp. 495-510.
- POMED SÁNCHEZ, LUIS (1997), El acceso a los archivos administrativos: el marco jurídico y la práctica administrativa, Revista de Administración Pública, número 142. Enero-Abril 1997.
- REBOLLO VARGAS (1996), «Los límites del secreto de Estado», Cuadernos Jurídicos, n° 40, pp.39-47.
- REVENGA (1995), El imperio de la política. Seguridad nacional y secreto de Estado en el sistema constitucional americano, Ariel, Barcelona, p. 19 a 73.
- SEGRELLES DE AREZANA (1994), «Protección penal del secreto de Estado», Edersa, Madrid.
- SIMMEL (1977), «Sociología: estudios sobre las formas de socialización», 2 volúmenes, Revista de Occidente, Madrid.
- STEWART (1975)»Or of the Press», The Hastings Law Journal, 26.
- TORRES VENTOSA, JUAN JOSÉ (1998), La Regulación Legal de los Secretos Oficiales, Premio San Raimundo de Peñafort 1998.
- WILKINSON MORERA DE LA VALL, HELEN (2007), Secretos de Estado y Estado de Derecho: régimen jurídico de los secretos oficiales en España, Atelier, Barcelona.

7. EL SURGIMIENTO DE LAS ACUSACIONES *PRIVADAS** EN EL PROCESO PENAL MILITAR

Isidro Fernández García
Teniente Auditor

SUMARIO: 1. A modo de introducción: El fin del monopolio acusatorio del Fiscal Jurídico-Militar, 2. Antecedentes históricos, 3. La situación, tras la STC 179/2004, de 21 de octubre, 4. ¿Es posible la acción popular ante la Jurisdicción Militar?, 5. La acusación particular y la acción popular en tiempo de guerra, 6. Conclusiones. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA.

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN: EL FIN DEL MONOPOLIO ACUSATORIO DEL FISCAL JURÍDICO-MILITAR

Cuando el debate sobre la misma existencia y límites de la acusación popular en el ámbito de la Jurisdicción Ordinaria tiene plena actualidad¹, resulta procedente

* Utilizo aquí el término «*privadas*» por oposición a la acusación pública representada por el Ministerio Fiscal. De manera que no le otorgo al término su estricto significado técnico-procesal.

¹ Al redactar estas líneas, compruebo como los medios de comunicación se hacen eco de la propuesta que pretende limitar el ejercicio de la acusación popular en el ámbito de la Jurisdicción Ordinaria. Se invoca para ello las conocidas como «doctrina Atutxa» y «doctrina Botín», refiriéndose a dos resoluciones de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, cuando, en realidad, en las mismas, se llega a dos soluciones completamente distintas sobre el papel del acusador popular. La propia Sala 2ª lo pone de manifiesto en la conocida sentencia del «caso Atutxa», explicando las razones para ello. Así señala, en una larga argumentación, que «[e]l supuesto de hecho contemplado por la sentencia cuya doctrina reivindicamos la parte recurrida y el Ministerio Fiscal, ofrecía una singularidad que ahora, en modo alguno, puede afirmarse. En aquel caso, después de la fase de investigación por un delito contra la hacienda pública, el Ministerio Fiscal había interesado el sobreseimiento libre de la causa, al entender que los hechos no eran constitutivos de delito. La Abogacía del Estado, en defensa de los intereses patrimoniales del erario público, también había instado el sobreseimiento libre. Frente a esa doble petición de archivo, la acusación popular, personada más de cinco años después de incoadas las diligencias, solicitó y obtuvo del Juez instructor la apertura del juicio oral. Los imputados entendieron que esa decisión jurisdiccional de someterles a enjuiciamiento, frente a la voluntad en contrario del Ministerio Fiscal y de la acusación particular, se oponía a la literalidad del art. 782.1 de la LECrim. Ése y no otro fue el supuesto de hecho debatido y resuelto en la fundamen-

preguntarse por la posibilidad de esta institución en el ámbito del proceso castrense, donde tradicionalmente ha sido –y todavía es– negada. La respuesta a esta pregunta –a mi juicio– aparece íntimamente conectada con la eliminación por el «Legislador negativo» de los límites al ejercicio de la acusación particular en tiempo de paz. Aunque más adelante razonaremos los motivos, la eliminación de las trabas a la acusación particular por el Tribunal Constitucional supondrá el ejercicio prácticamente libre de la acción penal por los perjudicados u ofendidos por el delito, lo que, como luego tendremos oportunidad de comprobar, afectará, por vía de omisión o silencio de las Leyes Procesales Militares, al propio instituto de la acción popular. Todo ello nos llevará a plantear la necesidad de regular expresamente esta figura en las Leyes Rituarias Castrenses, aprovechando el debate sobre la misma en el ámbito de la Jurisdicción Ordinaria², bien sea para limitarla o incluso prohibirla –lo que resulta constitucionalmente legítimo³–, pero abogando por realizarlo de forma explícita.

Si repasamos el devenir histórico, el ciclo secuencial respecto a la cuestión que nos ocupa sería el siguiente:

1. Monopolio absoluto de la acusación por el Fiscal Jurídico-Militar.
2. Posibilidad de existencia de acusador o acusadores particulares pero con restricciones fundamentadas en la Disciplina Militar.

tación jurídica de nuestra sentencia núm. 1045/2007, 17 de diciembre. Tal pronunciamiento, pues, giró en torno a las consecuencias que la convergente voluntad de cierre expresada por el Ministerio Fiscal y la representación legal del perjudicado por el delito, pueden proyectar sobre el interés de una acción popular cuando pretende abrir en solitario el juicio oral. No es éste, sin embargo, el supuesto de hecho que ahora es sometido a nuestra consideración. [...]

En definitiva, la solicitud de aplicación de la doctrina fijada en nuestra anterior sentencia 1045/2007, exige tomar como punto de partida la diferencia entre el supuesto que allí fue objeto de examen y el que ahora motiva nuestro análisis. Y es que sólo la confluencia entre la ausencia de un interés social y de un interés particular en la persecución del hecho inicialmente investigado, avala el efecto excluyente de la acción popular. Pero ese efecto no se produce en aquellos casos en los que los que, bien por la naturaleza del delito, bien por la falta de personación formal de la acusación particular, el Ministerio Fiscal concurre tan solo con una acción popular que insta la apertura del juicio oral. En tales casos, el Ministerio Fiscal, cuando interviene como exclusiva parte acusadora en el ejercicio de la acción penal, no agota el interés público que late en la reparación de la ofensa del bien jurídico.

Esa conclusión se obtiene, no ya del contenido literal del art. 782.1 de la LECrim, sino del significado mismo del proceso penal. Éste se aparta de los fines constitucionales que lo legitiman cuando la pretensión penal ejercida por una acusación popular se superpone a la explícita voluntad del Ministerio Fiscal y del perjudicado. Pero esa misma pretensión instada por la acción popular recupera todo su valor cuando la tesis abstencionista es asumida, sólo y de forma exclusiva, por el Ministerio Fiscal. [...]» (STS de la Sala 2ª 54/2008, de 8 de abril de 2008, FD 1º, nº de recurso 408/2007). Los subrayados son míos. Esta jurisprudencia es confirmada por la reciente STS 8/2010, de 20 de enero de 2010, nº de recurso 693/2009, FD 2º, que insiste en la posibilidad, en circunstancias como las señaladas, de que la acusación popular pueda solicitar en solitario la apertura del juicio oral.

² Conviene recordar que el proceso regulado en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores, impide la presencia del acusador popular que, por otra parte, se trata de una institución de configuración legal sin que el Legislador resulte obligado a establecerla, según doctrina constante del Supremo Intérprete de la Constitución, como posteriormente expondremos. (entre otras, STC 64/1999, de 26 de abril).

³ *Vid.* nota anterior.

3. Eliminación de esas restricciones por el Tribunal Constitucional al otorgar mayor peso al Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva y al principio de igualdad.
4. Planteamiento de la posibilidad de la acción popular.

Esperamos proporcionar acerca de todas estas cuestiones una somera reflexión en los epígrafes siguientes.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Históricamente el monopolio del ejercicio de la acción penal en lo procesos militares lo ostentaba el Estado. No era posible que la parte perjudicada u ofendida se personase en las actuaciones como acusación particular o actor civil. Huelga decir que el reconocimiento de la acción popular consagrado en el art. 101 LECr era impensable ante los Tribunales Castrenses y aún hoy tanto la LOCOJM como la Ley Procesal Militar guardan silencio sobre esta institución, lo que es interpretado por los Tribunales Militares como negativa. A ello y a la posición del Tribunal Constitucional al respecto nos referiremos más adelante, aunque ya adelanto que, en mi opinión, el silencio de la ley no puede ser interpretado de la misma manera que con anterioridad al pronunciamiento constitucional que elimina los límites a la acusación particular en tiempo de paz. Pero tradicionalmente, como decía, al ciudadano perjudicado u ofendido por un delito competencia de la jurisdicción militar –que por otra parte era muy extensa– no le cabía ejercitar acciones penales ante los Tribunales Militares. De este modo –como recuerda el Tribunal Constitucional en la STC 179/2004–, el reconocimiento general que efectúan la Ley de la jurisdicción militar y la Ley procesal militar de la acusación particular en el proceso penal militar, aunque se excluyan supuestos determinados, supone sin duda una novedad importante con respecto al Derecho procesal militar histórico, pues, en efecto, tanto en el Código de justicia militar de 1890⁴ como en la Ley de enjuiciamiento militar de Marina de 1894⁵ no se admitía en ningún supuesto la posibilidad de que el acusador particular interviniese en el proceso penal militar, por considerar la acusación particular una institución completamente extraña a la justicia militar. Del mismo modo, el derogado Código de justicia militar de 17 de julio de 1945 (CJM) no admitía la acusación particular y disponía en su art. 452 que «Los procedimientos militares se iniciarán de oficio o en virtud de parte o a instancia del Fiscal Jurídico-Militar. En ningún caso se admitirá la acción privada».⁶ Tras la refor-

⁴ Esta norma preveía en su art. 398 los medios de inicio del proceso, disponiendo que las Autoridades facultadas para decretar la incoación actuarían «por propio conocimiento que tuvieren del delito, en virtud de parte que hubieren recibido, dado por persona competente, o por denuncia que estimasen digna de consideración.» Contemplaba en su art. 399 la posibilidad de orden de inicio por el Gobierno y asimismo por el Consejo Supremo de Guerra y Marina y prohibía el ejercicio de la acción privada.

⁵ En esta ley en su redacción originaria se admitía la querrela exclusivamente a efectos del ejercicio de la acción privada contra no aforados a los que no les fuese de aplicación el entonces vigente Código Penal de la Marina de Guerra de 1888. Incluso en ese supuesto dicha posibilidad de ejercicio de la acción penal quedó eliminada en 1920.

⁶ El Código de 1945 admitía asimismo como modos de inicio del procedimiento –que no querrela del ofendido o perjudicado– la denuncia, orden del Gobierno, o de los Ministros del Ejército, Marina o Aire, o del Consejo Supremo de Justicia Militar.

ma introducida en este precepto por la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, en el mismo se añadió un apartado segundo en que se establecía que en el proceso judicial penal militar «En ningún caso puede ejercitarse querrela.»⁷ La acción privada podrá ejercitarse en todos los procedimientos seguidos por delitos sólo perseguibles a instancia de parte, una vez acordado el auto de procesamiento, a cuyo efecto el Instructor hará el oportuno ofrecimiento de acciones en la persona del agraviado o perjudicado por el delito, rigiendo con ello de manera supletoria los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, todo ello a salvo de las reglas especiales para los instruidos por uso y circulación de vehículos de motor».

Consagrado el Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva en el art. 24.1 de la Constitución Española de 1978, su Supremo Intérprete tuvo ocasión de pronunciarse respecto a estas cuestiones en el ATC 121/1984, de 29 de febrero. En esta ocasión inadmite el amparo de un Coronel que pretendía ejercitar la acción penal contra su superior (un General) que le había impuesto un mes de arresto. El Tribunal establece lo que será su doctrina durante años manteniendo el valor preponderante de la disciplina como factor de cohesión en una estructura fuertemente jerarquizada como la Fuerzas Armadas, haciendo ceder al Derecho a la tutela judicial efectiva a favor, como en este caso, de otros bienes o intereses constitucionalmente protegidos y todo ello invocando además la singularidad o especialidad de la Jurisdicción Militar prevista en el art. 117.5 CE. Con posterioridad, en la STC 97/1985, manteniendo esa misma doctrina, el Tribunal concede el amparo frente a un decreto auditoriado que, con apoyo

⁷ El subrayado es mío. Obsérvese que fue el Legislador de 1980 el que introdujo explícitamente la prohibición del ejercicio de la acción penal, consagrándose legislativamente de forma expresa algo que hasta el momento se daba por supuesto en los Códigos tradicionales. Sin embargo, FERNÁNDEZ DOTÚ sostiene que «[l]a nueva redacción dada a determinados artículos [del CJM], como el 452 –que sustituyó la prohibición del ejercicio de la acción privada por la mera prohibición de ejercicio de la querrela (5)-, o los arts. 491 y 728 –que aluden expresamente a la acción privada y la acusación particular-, no establecieron ninguna limitación al ejercicio de estas acciones, en el sentido de impedir la personación en el procedimiento ya iniciado del perjudicado u ofendido por el delito, para ejercitar tras el oportuno ofrecimiento de acciones, la acusación particular o privada a la que se abriría cauce, si bien del propio contenido del punto 2 del art. 452 se desprendería que el momento de la personación era tras el oportuno ofrecimiento de acciones por el Instructor, que habría de producirse tras el procesamiento del presunto responsable, lo que por otra parte estaba en clara concordancia con el hecho de afirmar, con exclusividad, la incoación de oficio y la proscripción de la querrela.» FERNÁNDEZ DOTÚ, P.J., (2000), Acusación particular y acción civil en el proceso penal militar en tiempo de paz: unas consideraciones críticas, Revista Española de Derecho Militar, n° 76, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Ministerio de Defensa, Madrid, pág. 192. Esta posibilidad de personación posterior, tras el ofrecimiento de acciones, parece sustentada en el art. 491 CJM tras la reforma por la Ley Orgánica 9/1980 y del siguiente tenor literal: «*El Ministerio Fiscal Jurídico Militar, y en su caso el Letrado representante de la acción privada o acusación particular, podrá intervenir por propia iniciativa en el sumario de todas las causas si el instructor no lo cree perjudicial para el buen fin de la investigación; asistir a las diligencias de prueba acordadas por el instructor interrogando, con su venia, a los procesados, testigos y peritos; solicitar del juez, y en su caso de la autoridad judicial militar, la practica de nuevas diligencias probatorias o la adopción de las resoluciones que considere pertinentes relativas a los procesados o a sus bienes, en cuanto sea necesario para garantizar las responsabilidades exigibles, o a las personas contra las que se deduzcan cargos y emitir los informes que la ley disponga.*» Los subrayados son míos. De todas maneras, la interpretación que realizaban los Tribunales y las Autoridades Judiciales Castellenses de estos preceptos conducía a la exclusión de la acusación particular, tanto en lo que se refiere al inicio del procedimiento cuanto a la personación posterior en el mismo (a título de ejemplo, STC 97/1985, ya citada).

en el art. 452.2 CJM, denegaba a los padres de un soldado fallecido como consecuencia del disparo de un arma de fuego la posibilidad de personarse en la correspondiente causa. En esta última resolución se estima la demanda de amparo ya que, al no existir un enfrentamiento procesal entre militares vinculados entre sí por una relación jerárquica, no se pone en peligro el bien constitucionalmente protegido de la disciplina militar. Con base en la doctrina constitucional expuesta⁸, aunque el Tribunal Constitucional no lo reconozca así en la sentencia por la que cambia de criterio –a saber, la 115/2001–, se dicta la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, disponiendo en su art. 108, segundo párrafo lo siguiente: «No se podrá ejercer, ante la jurisdicción militar, la acusación particular ni la acción civil, cuando el perjudicado y el inculpado sean militares, si entre ellos existe relación jerárquica de subordinación, sin perjuicio de ejercer la acción civil ante la jurisdicción ordinaria» Por su parte, el art. 127, primer párrafo de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar establece que «[s]alvo el supuesto del artículo 168 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, podrá mostrarse parte en el procedimiento como acusador particular o como actor civil toda persona que resulte lesionada en sus bienes o derechos por la comisión de un delito o falta de la competencia de la jurisdicción militar, excepto cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación. A dicho efecto se hará el correspondiente ofrecimiento de acciones.»

«Pues bien, [entiende FERNÁNDEZ DOTÚ] la L.O. 4/87 de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, así como la Ley Procesal Militar [...], aun manteniendo la posibilidad de ejercicio de la acusación particular e introduciendo en determinados supuestos la posibilidad de la querrela, han modificado en aspectos destacables el sistema introducido por la L.O. 9/90.

En primer término, el art. 130.5 de la L.O. 2/89 Procesal Militar introduce la querrela como forma de inicio del proceso penal militar, si bien reducida al supuesto del art. 108 de la L.O. 4/87, esto es, cuando sea formulada por el particular lesionado en sus derechos o bienes. Además, el art. citado limita el ejercicio de la querrela al particular no militar, pues a pesar de la referencia al art. 108 de la Ley Orgánica 4/87, el tenor literal del art. 130.5 de la Ley Procesal, es claro al establecer «...salvo que perjudicado e inculpado sean militares», con lo que restringe aún más el tenor del art. 108. Efectivamente el militar podrá mostrarse parte en un procedimiento penal militar, para ejercer la acusación particular, contra otro militar, cuando sea perjudicado u ofendido por el delito, si entre ambos no existiera relación jerárquica de subordinación, pero no podrá instar la incoación del procedimiento mediante querrela, debiéndose limitar a denunciar el hecho y, una vez abierto el mismo y hecho el ofrecimiento de acciones, personarse en éste para ejercer la acusación si no existiera entre el mismo y el denunciado la referida relación jerárquica de subordinación. Dicha redacción es similar a

⁸ El Preámbulo de la LOCOJM declara que «se permite la actuación del acusador particular y del actor civil, excepto en los casos en que el autor del hecho y el perjudicado fueran militares y mediare entre ellos una relación de subordinación, siguiendo en este aspecto la doctrina del Tribunal Constitucional.»

la del art. 127 de la Ley Procesal Militar en su párrafo primero.»⁹ Mantiene FERNÁNDEZ DOTÚ que esta restricción no se preveía en el antiguo Código tras la nueva redacción dada por la LO 9/1980 pero es lo cierto que con base en la imposibilidad de interponer querrela se negaba sistemáticamente la posibilidad de personación de la acusación particular, aunque fuese tras el ofrecimiento de acciones. Resulta obvio que los Tribunales Castrenses no realizaban una interpretación de la reforma en el sentido de rechazar la acusación particular en el momento inicial del proceso (la querrela como modo de inicio) para admitirla después, una vez que el perjudicado u ofendido se mostrase parte en la causa, tras el *oportuno* ofrecimiento de acciones.¹⁰ La práctica de los Juzgados Togados y Tribunales Militares se traducían en la aplicación de la nueva legislación orgánica y procesal militar basada en la doctrina constitucional más arriba indicada y en algún pronunciamiento de la Sala 5ª del Tribunal Supremo.¹¹

Sin embargo, una vez dictada la STC 115/2001, de 10 de mayo, se inició la vía para eliminar del Ordenamiento Jurídico las restricciones al ejercicio de la acusación particular ante la Jurisdicción Militar en tiempo de paz. Esta resolución del Supremo Intérprete de la Constitución tuvo su origen en los Autos del Juzgado Togado Militar de 30 de enero de 1998 y del Tribunal Militar Territorial Primero –que confirmó el primero– y que denegaban la personación como acusación particular de un Cabo de la Guardia Civil en un proceso en que los inculcados eran sus superiores jerárquicos.

La Sentencia, tras entender vulnerados el art. 14 CE (principio de igualdad en la Ley) y el 24 (tutela judicial efectiva en su manifestación del acceso a la jurisdicción), otorga el amparo al demandante y plantea ante el Pleno cuestión de inconstitucionalidad¹² en relación a los preceptos controvertidos, a saber, el art. 108, segundo párrafo

⁹ FERNÁNDEZ DOTÚ, P.J., (2000), Acusación particular y acción civil en el proceso penal militar en tiempo de paz: unas consideraciones críticas, Revista Española de Derecho Militar, nº 76, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Ministerio de Defensa, Madrid, pág. 193.

¹⁰ Vid. nota 27.

¹¹ A título de ejemplo, Autos de 2 de enero de 1989 y 27 de mayo de 1992.

¹² Es importante tener presente que, a lo largo de la tramitación del recurso de amparo, el Pleno, mediante proveído de 31 de octubre de 2000 acordó, de conformidad con lo que dispone el art. 10 k) LOTC, avocar el conocimiento del recurso de amparo, por lo que el Pleno, en realidad, se plantea la cuestión a sí mismo. El planteamiento de la cuestión por las Salas o el Pleno (en este caso) del Tribunal era un trámite necesario e impuesto por la LOTC (art. 55.2) que no permitía que se declarase la inconstitucionalidad de los preceptos en la misma sentencia que otorgó el amparo. Así «[e]n el supuesto de que se estime el recurso de amparo porque la Ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas, la Sala elevará la cuestión al Pleno, que podrá declarar la inconstitucionalidad de dicha Ley en nueva sentencia, con los efectos ordinarios previstos en los artículos 38 y siguientes (...).» (antiguo art. 55.2 LOTC). El subrayado es mío. Pero, tras la reforma operada en la LOTC por LO 6/2007, de 24 de mayo, se da nueva redacción al art. 55.2 en el sentido siguiente: «En el supuesto de que el recurso de amparo debiera ser estimado porque, a juicio de la Sala o, en su caso, la Sección, la ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas, se elevará la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia, de conformidad con lo prevenido en los artículos 35 y siguientes.» El subrayado es mío. De manera que la reforma introduce principalmente dos novedades: la primera tiene que ver con la potestad atribuida ahora a las secciones del Tribunal para el conocimiento de los recursos de amparo y la segunda, a mi juicio procesalmente más importante, estriba en que para declarar la inconstitucionalidad de una ley que provenga de la interposición de un recurso de amparo contra actos derivados de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona, se hace necesario que la Sala o Sección suspendan el proceso de amparo (como la LOTC impone al Juez ordinario) y planteen la cuestión al Pleno ateniéndose posteriormen-

de la LOCOJM y el art. 127, primer párrafo de la LOPM. Según el Tribunal Constitucional el bien o interés constitucionalmente protegido de la disciplina en cuanto factor de cohesión de las Fuerzas Armadas ya no puede prevalecer frente al derecho a la tutela judicial efectiva en su concreta modalidad de acceso al proceso. Así el Supremo intérprete manifiesta –siguiendo su doctrina sobre el acceso a la jurisdicción– que «*con independencia de que la legitimidad constitucional de dicha exclusión o prohibición hubiera requerido de una justificación asentada en poderosas razones, orientadas a la protección de bienes o derechos constitucionalmente relevantes, la eliminación de tal facultad de constituirse en parte procesal para formular la acusación particular produce, como consecuencia, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción, ex art. 24.1 CE, al impedir, con un resultado falto de proporcionalidad, el ejercicio de la acción penal a determinados miembros de la institución militar*»¹³ y que «*la posibilidad real de manifestarse como parte en el proceso, «sólo puede sufrir excepción, en los supuestos en que lo impida la naturaleza de la materia regulada o lo veden intereses también constitucionalmente protegidos de condición más relevante o preponderante» (FJ 3), ya que, «aunque el derecho a la tutela judicial efectiva es de configuración legal, el legislador ha de respetar siempre su contenido esencial (art. 53.1 CE) de suerte que no son constitucionalmente admisibles obstáculos... que sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de las finalidades para las que se establecen (SSTC 3/1983, 99/1985, 60/1989, 164/1991, 48/1995, entre otras)*» (STC 76/1996, de 30 de abril, FJ 2).»¹⁴ Por lo que respecta al principio de igualdad en la ley, el Tribunal lo estima vulnerado entendiendo que la disciplina militar no constituye una justificación objetiva y razonable que justifique la exclusión y, por tanto la desigualdad.¹⁵ Alguna autora sustenta el cambio de doctrina constitucional aludiendo a la nueva realidad social y, con ello, al nuevo modelo de Fuerzas Armadas profesionalizadas, de manera que la disciplina ya no tendría la incidencia de antaño, donde llegaba a manifestarse incluso en la órbita del procedimiento en el marco del enfrentamiento procesal entre partes. Así DOIG DÍAZ manifiesta lo siguiente: «La decisión adoptada por el TC en la STC 115/2001, tanto al anular los autos dictados en la jurisdicción militar cuanto al plantear al Pleno la cuestión de inconstitucionalidad de los arts. 108 LOCOJM y 127 LPM y especialmente al construir la argumentación sobre la base de que el mantenimiento de la disciplina militar ya no justifica la excepción del acceso al proceso prevista en tales precepto, no hace sino revelar que el TC se aproxima a una realidad social en la que –efectivamente– la disciplina pierde fuerza en el propio seno de las

te a lo que éste resuelva respecto a la constitucionalidad de la norma cuestionada. De manera que se invierte el proceso: es el Pleno el que primero se pronuncia sobre la constitucionalidad de la norma y, posteriormente, la Sala o Sección (teniendo en cuenta lo decidido por aquél) resuelve sobre el otorgamiento del amparo. Con anterioridad a la reforma (como en el caso analizado) se otorgaba el amparo por una Sala (o el Pleno en este supuesto) considerando la vulneración de los Derechos Fundamentales derivada de una determinada norma con rango de Ley, por lo que, en realidad, era la Sala la que condicionaba al mismo Pleno, aunque existe un precedente en que el Pleno desestimó la cuestión interna de inconstitucionalidad planteada. (STC 48/1995).

¹³ FJ 11

¹⁴ FJ 11 *in fine*

¹⁵ *Vid.* FJ 10.

Fuerzas Armadas.»¹⁶ La resolución del Alto Tribunal –en la que no entramos con mayor detalle, ya que sus fundamentos son ratificados sustancialmente con las mismas palabras por la STC 179/2004, que sí analizaremos más pormenorizadamente– supone un abierto cambio de doctrina –aunque el Tribunal no lo reconozca así– respecto a la postura mantenida hasta el momento por el Supremo Intérprete de la Constitución, que consideraba la disciplina como un interés constitucionalmente preponderante, de manera que la existencia de enfrentamiento procesal entre dos militares, cuando entre ellos mediaba relación jerárquica de subordinación, ponía en riesgo la Disciplina y, con ello, la necesaria cohesión de las Fuerzas Armadas y las funciones asignadas por el art. 8 de la Norma Fundamental.¹⁷ Cambio de doctrina sí puesto de manifiesto por los Votos Particulares de los Magistrados Constitucionales discrepantes con la sentencia. Así, Vicente Conde Martín de Hijas afirma rotundamente que «[a] declarar la inconstitucionalidad de los artículos discutidos, debemos ser conscientes de que estamos revisando nuestra anterior doctrina. No veo obstáculo de principio en que el Pleno pueda hacerlo, rectificando criterios precedentes de sus Salas (en este caso de la Primera); pero no puedo compartir un modo de argumentar en el que se niega la realidad de una doctrina preexistente, y menos, cuando dicha doctrina ha sido pauta de orientación para el ejercicio de su potestad constitucional por el legislador.»¹⁸ Mantiene asimismo que la doctrina sentada por el ATC 121/1984 y la STC 97/1985, aunque referidos a un precepto del CJM 1945, es perfectamente aplicable al caso resuelto en 2001, vinculándola al mismo reconocimiento de la singularidad de la jurisdicción castrense por el art. 117.5 CE manifestando que «[l]o que la Sentencia dice no comprender me resulta, por el contrario, perfectamente comprensible. Y al propio Tribunal le resultó comprensible en el ATC 121/1984 y en la STC 97/1985 (FJ 4), cuando alcanzó a ver la razón de un precepto limitativo similar a los que ahora se cuestionan, del que dijo que «encuentra su convalidación constitucional en cuanto está pensado para evitar disensiones y contiendas entre miembros de las Fuerzas Armadas, las cuales necesitan imperiosamente, para el logro de los altos fines que el artículo 8, número 1 de la CE, les asigna, una especial e idónea configuración, de donde surge, entre otras singularidades, el reconocimiento constitucional de una jurisdicción castrense estructurada y afianzada en términos no siempre coincidentes con los propios de la jurisdicción ordinaria, de forma muy particular en lo que atañe a la imprescindible organización profundamente jerarquizada del Ejército, en la que la unidad y disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar aquellos fines, no resultando fácil compatibilizarlas con litigios entre quienes pertenecen a la institución militar en sus diferentes grados.»¹⁹

¹⁶ DOIG DÍAZ, Y. (2002), La reforma del derecho Penal Militar, Anuario de Derecho Penal 2001-2002, Madrid, pág. 302.

¹⁷ STC 97/1985, FFJJ 4 y 5. En esta doctrina, como dijimos más arriba, se basó el Legislador para dictar la LO 4/1987, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y, consecuentemente, la LO 2/1989, Procesal Militar.

¹⁸ En los mismos términos se manifiesta la mayor parte de la doctrina científica. Así, DOIG DÍAZ, Y. (2002), La reforma del derecho Penal Militar, Anuario de Derecho Penal 2001-2002, Madrid, págs. 294-299.

¹⁹ Apartado 6 del Voto Particular.

Pues bien, tras la nueva postura del Tribunal Constitucional alguno de los Jueces y Tribunales Militares siguieron aplicando los preceptos cuestionados, dando lugar a las sentencias constitucionales 157/2001 y 119/2004, respectivamente de la Sala 2ª y de la Sala 1ª, que, confirmando la nueva doctrina otorga el amparo nuevamente a los demandantes. Por el contrario, el Tribunal Militar Territorial Primero plantea a lo largo de 2002 y 2003 varias cuestiones de inconstitucionalidad en relación a los preceptos controvertidos.²⁰ Como sabemos, el Pleno del Tribunal Constitucional mediante Sentencia 179/2004, de 21 de octubre declaró la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de los consabidos preceptos de la LOCOJM y LOPM.

3. LA SITUACIÓN, TRAS LA STC 179/2004, DE 21 DE OCTUBRE

En primer lugar, el Tribunal Constitucional en su sentencia de 21 de octubre de 2004 recuerda lo que ya es su doctrina consolidada sobre el acceso al proceso como manifestación del art. 24.1 CE. Así señala que es de configuración legal la presencia de partes contingentes en el proceso penal, es decir, distintas al Ministerio Fiscal, de manera que no existe un derecho derivado del art. 24.1 CE al establecimiento de la acusación particular y la acción popular. Ahora bien, una vez establecidas estas instituciones por el Legislador, según el Alto Tribunal, este derecho se configura como un *ius ut procedatur*, es decir, como manifestación específica del derecho a la jurisdicción.²¹ A continuación, el Tribunal señala que, introducida por el Legislador la acusación particular en el proceso penal militar con las excepciones que ya conocemos se hace necesario examinar su compatibilidad con los arts. 14 y 24.1 CE, en relación con el 117.5. Comienza por examinar la cuestión desde el punto de vista del art. 14 CE. En primer lugar, el TC recuerda su doctrina sobre el principio de igualdad en la Ley. Así señala que ha venido exigiendo para permitir el trato dispar de situaciones homologables la concurrencia de una doble garantía: a) la razonabilidad de la medida, pues no toda desigualdad de trato en la Ley supone una infracción del artículo 14 CE, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; y b) la proporcionalidad de la medida, pues el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato sino sólo aquellas desigualdades en las que no existe relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, pues para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable, además, que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador supere un juicio de proporcionalidad, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos.

²⁰ Cuestiones de inconstitucionalidad números 4880/2002, 6348/2002, 445/2003 y 5580/2003, todas ellas declaradas extinguidas por el Tribunal Constitucional tras pronunciar la STC 179/2004. Así se publica en el BOE de 17 de diciembre de 2004.

²¹ SSTC 64/1999, 81/1999, 280/2000, 31/1996 y 199/1996.

(FJ 5).²² A continuación se pregunta si los preceptos cuestionados son una justificación objetiva y razonable para la salvaguardia del principio de disciplina y jerarquía propio de la Institución militar. Y, citando su jurisprudencia anterior, sostiene que la disciplina constituye un valor esencial de la Institución militar como factor de cohesión para que las Fuerzas Armadas puedan cumplir las misiones que les encomienda el art. 8 de la Constitución. A este respecto, dado el valor de la disciplina como «*ineludible principio configurador*» de las Fuerzas Armadas, el Tribunal acepta la constitucionalidad de aquellas disposiciones legales limitativas del ejercicio de los Derechos Fundamentales, «*entre las que, indudablemente, han de situarse todas las que sean absolutamente imprescindibles para salvaguardar ese valor esencial en toda institución militar, que es la disciplina.*»²³ A continuación circunscribe el ámbito de la disciplina exclusivamente al aspecto organizativo de las Fuerzas Armadas para lograr de este modo la eficacia de la Administración, en concreto de la Administración Militar. «*Por ello, dice el Tribunal, el valor o principio de la disciplina militar no debe extravasarse su propio ámbito para proyectarse en el seno del proceso, en cuanto éste es instrumento de enjuiciamiento y satisfacción de pretensiones, y ello aunque tal proceso, como el sustanciado por la jurisdicción militar en averiguación y castigo de los delitos y faltas militares, ofrezca algunas peculiaridades, que deberán, en todo caso, atenerse a la exigencia del art. 117.5 CE, de estar reguladas «de acuerdo con los principios de la Constitución.»*»²⁴ Por otra parte, manifiesta el Tribunal Constitucional que los órganos judiciales militares, independientes y absolutamente desvinculados del mando militar, constituyen hoy la máxima garantía de la disciplina, «*por lo que sólo poniendo en duda la condición y aptitud de la jurisdicción militar para desempeñar su cometido, como jurisdicción sometida a los principios constitucionales de independencia del órgano judicial y a las garantías sustanciales del proceso y de los derechos de defensa (...), cabría apreciar que el enfrentamiento procesal entre militares unidos por una relación de subordinación jerárquica es causa de potencial deterioro de la disciplina militar. No siendo constitucionalmente admisible tal duda, no existe tampoco fundamento para temer que los órganos de la jurisdicción castrense no vayan a ser capaces de aplicar lo dispuesto en la Ley Orgánica de la jurisdicción militar (arts. 149 y siguientes) en orden a preservar el orden y respeto debido en los procesos, ni para temer que el ejercicio de la acusación particular por parte del agraviado contra el ofensor, siendo ambos militares ligados por relación jerárquica de subordinación, pueda socavar la disciplina exigible en la organización militar, pues el enfrentamiento en el proceso penal militar –en contra de lo que sostiene el Fiscal General del Estado en sus alegaciones– no tiene por qué perjudicar la disciplina militar si la contienda procesal se practica con arreglo a Derecho.*»²⁵ Además la Sentencia proporciona otros ejemplos de supuestos enfrentamientos procesales entre militares –incluso de distinto empleo– que se hallan en la legislación rituarial militar: la obligación del militar de formular denuncia por un presunto delito o falta cometido por un superior (o inferior) (arts. 130.6 y 134 LOPM); la posibilidad de que la juris-

²² SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 9; 214/1994, de 14 de julio, FJ 8; 46/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4; y 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4.

²³ FJ 6.

²⁴ FJ 7.

²⁵ Íd.

dicción ordinaria juzgue por conexión delitos militares sin que aquí operen las restricciones previstas en los arts. 108.2 LOCOJM y 127.1 LOPM (art. 14.1 LOCOJM) a lo que hay que añadir la posibilidad de careo entre inferior y superior jerárquico (art. 179 LOPM). Por último el Tribunal alude como ejemplo de controversia procesal entre personas de distinto empleo a la posibilidad de que el denunciante comparezca como testigo de la Fiscalía Jurídico Militar.²⁶ Por ello, el Tribunal considera que la prohibición del ejercicio de la acción penal, en calidad de acusador particular, contenida en el art. 108.2 LOJM y en el art. 127.1 LOPM, no encuentra justificación constitucional suficiente en la protección de la disciplina militar, ni en el principio jerárquico en que se asienta la organización de las Fuerzas Armadas y del instituto armado de naturaleza militar como es la Guardia Civil, por lo que conculca el principio constitucional de igualdad en la ley garantizado por el art. 14 CE.²⁷ En cuanto a la pretendida vulneración del art. 24.1 CE el Peno del Tribunal llega a una conclusión contundente: «...una vez reconocido por el legislador el derecho al ejercicio de la acción penal a los particulares, este derecho se configura como un *ius ut procedatur*, como manifestación específica del derecho a la jurisdicción. Y de este modo la posibilidad real de manifestarse como parte en el proceso sólo puede sufrir excepción en los supuestos en que lo impida la naturaleza de la materia regulada o lo veden intereses también constitucionalmente protegidos de condición más relevante o preponderante, ya que, «aunque el derecho a la tutela judicial efectiva es de configuración legal, el legislador ha de respetar siempre su contenido esencial (art. 53.1 CE) de suerte que no son constitucionalmente admisibles obstáculos... que sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de las finalidades para las que se establecen. [...] Por consiguiente, para que la exclusión o prohibición del ejercicio de la acusación particular que, frente al régimen legal general, efectúan los preceptos examinados, pudiera considerarse constitucionalmente legítima, hubiera sido necesario que tal excepción tuviera justificación objetiva y razonable, lo que ya hemos dicho que no se concurre, a lo que se añade que la eliminación de tal facultad de constituirse en parte procesal para formular la acusación particular conduce a un resultado carente de proporcionalidad, pues el sacrificio del derecho del perjudicado por un delito a ejercer la acción penal no se orienta a la finalidad de proteger otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos de superior relevancia, ya que el mantenimiento de la disciplina, como factor de cohesión de la institución militar, que es el bien constitucionalmente relevante (SSTC 21/1981, de 15 de junio, 97/1985, de 29 de julio, 180/1985, de 19 de diciembre, 107/1986, de 24 de julio, 371/1993, de 13 de diciembre, y 115/2001, de 10 de mayo) que se invoca tanto por el Abogado del Estado como por el Fiscal General del Estado como justificación de la excepción establecida por los preceptos legales cuestionados, no se ve comprometido, por las razones que ya quedaron expresadas, al examinar este supuesto a la luz del art. 14 CE, por el hecho de admitir que la acusación particular pueda ser también ejercitada en el proceso penal

²⁶ Algunos de estos ejemplos habían sido ya puestos de manifiesto por la doctrina para cuestionar la justificación constitucional de las restricciones a la acusación particular. Véase en este sentido, FERNÁNDEZ DOTÚ, P.J., (2000), Acusación particular y acción civil en el proceso penal militar en tiempo de paz: unas consideraciones críticas, Revista Española de Derecho Militar, nº 76, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Ministerio de Defensa, Madrid, págs. 197 y 198.

²⁷ FJ 7 *in fine*.

*militar en los casos en que exista relación jerárquica de subordinación entre ofensor y ofendido.»*²⁸ Por ello la sentencia termina declarando la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de los preceptos cuestionados.

Tras la meritada sentencia del Supremo Intérprete de la Constitución quedan en la práctica eliminadas las restricciones para el ejercicio de la acusación particular en tiempo de paz en el ámbito de la Jurisdicción Militar. Es posible, pues, que el ofendido o perjudicado por el delito puedan mostrarse parte en un procedimiento penal militar y ejercer la acusación particular. Sin embargo, y aunque parece una cuestión sin importancia en la que el Tribunal Constitucional no ha reparado al anular los preceptos de la LOCOJM y LOPM, no es posible el libre ejercicio de la acusación mediante querrela; es decir, la querrela como modo de inicio del proceso está sometida a ciertas restricciones. Veamos. El art. 130 LOPM relativo a las formas de inicio de los procedimientos penales, al referirse a la querrela prevé lo siguiente: *«Los procedimientos expresados en el artículo anterior podrán iniciarse:*

... 5º. Por querrela, en el supuesto previsto en el artículo 108 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, salvo que el perjudicado e inculpado sean ambos militares y con exclusión, en caso de guerra, de acuerdo con el artículo 168 de la misma Ley Orgánica.» Por tanto, la LOPM sigue prohibiendo a un militar interponer una querrela frente a otro, cualesquiera que sean los empleos de ambos. Obviamente, nada impide que el militar ofendido interponga una denuncia ante el Juez Togado competente y se persone más tarde en la causa tras el oportuno ofrecimiento de acciones por el órgano instructor. Pero, en mi opinión, el Tribunal Constitucional hubiera podido declarar la inconstitucionalidad por conexión del inciso subrayado correspondiente al precepto de la LOPM que hemos transcrito.²⁹ Y es que, como dice acertadamente FERNÁNDEZ DOTÚ, el inciso señalado del art. 130 LOPM «restringe aún más el tenor del art. 108 [de la LOCOJM]. Efectivamente el militar podrá mostrarse parte en un procedimiento penal militar, para ejercer la acusación particular, contra otro militar [...] pero no podrá instar la incoación del procedimiento mediante querrela, debiéndose limitar a denunciar el hecho y, una vez abierto el mismo y hecho el ofrecimiento de acciones, personarse en éste para ejercer la acusación...»³⁰ Es una cuestión de *lege ferenda* que el Legislador modifique el art. 130 en el sentido de eliminar la mencionada restricción aún mayor en cuanto a la forma –aunque no afortunadamente respecto al fondo– que la anulada por el Tribunal Constitucional, al efecto de permitir la iniciación del proceso penal mediante querrela trátase o no de un militar el que la interpone.

Decíamos que era posible que el perjudicado u ofendido por el delito –en los términos expuestos– se mostrasen parte como acusación particular en un proce-

²⁸ FJ 8. Los subrayados son míos.

²⁹ En este sentido dispone el art. 39.1 LOTC: *«Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia.»*

³⁰ FERNÁNDEZ DOTÚ, P.J., (2000), Acusación particular y acción civil en el proceso penal militar en tiempo de paz: unas consideraciones críticas, Revista Española de Derecho Militar, nº 76, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Ministerio de Defensa, Madrid, pág. 193.

dimiento penal militar sin ninguna restricción salvo en tiempo de guerra. Ahora bien, ¿quién tiene la consideración de ofendido o perjudicado por un delito? Esta pregunta no es baladí, ya que en el proceso penal militar –así se interpreta actualmente por los Tribunales Militares el silencio de la Ley al respecto– no existe la acción popular, por lo que cobra una importancia capital delimitar claramente la figura del ofendido o perjudicado por una infracción penal. En primer lugar, se presentan problemas terminológicos ya que el art. 108 LOCOJM y 130 LOPM se refieren sólo al perjudicado. Como dice algún autor³¹, esta diferencia terminológica se debe al confusionismo que presentan en este aspecto las leyes procesales que, en mi opinión, se debe salvar a favor de la mayor tutela posible de los intereses legítimos en juego por lo que, atendiendo al criterio del art. 127 LOPM, «...*podrá mostrarse parte en el procedimiento como acusador particular o como actor civil toda persona que resulte lesionada en sus bienes o derechos por la comisión de un delito o falta de la competencia de la Jurisdicción militar...*»³² De manera que podemos distinguir el ejercicio de la acción por los ofendidos o perjudicados por el delito –ya sin apenas restricciones en las leyes procesales militares salvo en tiempo de guerra; la acusación ejercida por el Ministerio Fiscal al que el Ordenamiento se lo encomienda como un deber de defensa de legalidad (arts. 124.1 CE, 435 LOPJ, 105 LECr, Tít. IV LOCOJM y art.122 y ss. LOPM) y la acción popular como un derecho de todos los ciudadanos en el ámbito del proceso regulado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 101) pero sobre el que la legislación adjetiva militar guarda silencio. A este silencio y a las consecuencias interpretativas que se le otorga nos referiremos a continuación.

4. ¿ES POSIBLE LA ACCIÓN POPULAR ANTE LA JURISDICCIÓN MILITAR?

El art. 125 CE dispone lo siguiente: «*Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular (...) en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine...*» En cuanto al fundamento y cobertura constitucional de la acción popular, debemos comenzar advirtiendo que aunque la acusación particular y la acción popular integran ambas el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, su fundamento constitucional es diferente.³³ Así, mientras que el acusador popular tiene una legitimación derivada del art. 125 CE y no precisa afirmar que es el ofendido por el delito para que se le reconozca el derecho a ejercitar la acción penal, la legitimación del acusador particular deriva directamente del *art. 24.1 CE.*, en cuanto que perjudicado por la infracción penal. La protección en amparo del acusador popular requiere, por ello, que la defensa del interés común sirva para sostener un interés legítimo y personal.³⁴ Como botón de muestra de las diferencias entre la acusación

³¹ CLAVER VALDERAS, J.M., (1995), Comentarios a las Leyes Procesales Militares (Tomo II), Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, véase págs. 1427-1435.

³² El subrayado es mío. La redacción de la LOPM pone de manifiesto la interpretación amplia del concepto ofendido o perjudicado por el delito.

³³ SSTC 108/1993, 115/1994, 147/1995 y 136/1997.

³⁴ STC 50/1998.

particular y popular en el ámbito de la jurisdicción ordinaria nos encontramos con la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2006, que destaca lo siguiente: «El art. 101 LECrim establece que la acción penal es pública y que todos los ciudadanos podrán ejercerla con arreglo a los principios de la Ley. Así consecuentemente el ejercicio de la acusación de los procesos penales no se atribuye en régimen de monopolio del Ministerio Fiscal, al contrario con carácter general, se establece que todos los ciudadanos podrán ejercitar la acción popular, a su vez, el art. 19 LOPJ precisa también que los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercitar la acción popular, en los casos y formas establecidos por la Ley, lo que determina que puestos en relación estos artículos con los artículos 105, 270, 271 y 280 LECrim el acusador popular debe comparecer en la causa por medio de procurador con poder especial y letrado, sin que pueda serle nombrado de oficio. Además debe constituir fianza de la clase y cuantía que el juez determine para responder de las resultas del juicio.

Es decir, la tutela jurisdiccional en materia penal incluye el ejercicio de la acción penal por las personas privadas, como consecuencia de lo cual, e independientemente de la que viene encomendada al Ministerio Fiscal que tiene el derecho-deber de ejercitar la acción penal (art.105 LECrim.), como defensor de la legalidad (arts.124.1 CE y 435 LOPJ), se atribuye su ejercicio a los propios perjudicados por el delito mediante la llamada acción particular, así como también a todos los ciudadanos, sean o no ofendidos por el delito, a través de la acción popular, lo cual nada tiene que ver para que el legislador tenga previsto una serie de particularidades en este último caso, con objeto de evitar abusos ilegítimos, tales como las referidas a la presentación de la querrela a la que alude el artículo 270 o a la prestación de fianza del artículo 280 ambos LECrim.»

La particularidad de las leyes procesales militares es el silencio de las mismas sobre la acción popular, silencio que es interpretado por los Tribunales Castrenses como negativa a su admisión ya que, si antes de 2004 aun existían restricciones para ejercer la acusación particular por el ofendido o perjudicado por el delito en ciertos supuestos, se concluía con ello que la Ley ni siquiera se planteaba la figura del acusador popular. Posiblemente encontremos en este razonamiento la respuesta a la omisión de la Ley. Porque si omisión –con anterioridad a la STC 179/2004– lo hubiésemos entendido como reconocimiento de la institución quedaría con ello la puerta abierta al fraude de ley ya que las personas que con arreglo a la legislación procesal anterior tuviesen vedado el acceso a la acusación particular, podrían ejercerla por la vía del supuesto reconocimiento tácito a la acusación popular. Incluso en la vigente legislación se da una paradoja. Se trata de lo siguiente: en el art. 143 LOPM, circunscrito en la sección 1ª, relativa a las diligencias previas, se prevé que «[e]l auto por el que se adopte alguna de las medidas a las que se refiere el artículo 141, será apelable por el Fiscal Jurídico Militar, por los Mandos Militares promotores del parte, por el denunciante y por el perjudicado.» Curiosamente al único que no se legitima para impugnar dichas medidas es al supuesto «inculpado», si se le puede llamar así en esta fase. Pero lo verdaderamente llamativo es que el denunciante (que perfectamente pudo ser una asociación representante de «intereses difusos» u otro particular sin interés directo) dispone de recurso de apelación con lo que puede así introducir una suerte de acción

popular encubierta. Se trata, como dice FERNÁNDEZ DOTÚ, «materialmente» de una acusación y postula su reforma para eliminar esta posibilidad.³⁵

De la jurisprudencia más arriba citada extraemos, por tanto, que la acusación particular, al derivarse del art. 24.1 CE, puede considerarse, una vez establecido en las leyes de procedimiento, una manifestación del Derecho a la tutela judicial efectiva en tanto que posibilita el acceso al proceso en defensa de derechos o intereses legítimos. De la acción popular no puede predicarse lo mismo. Su fundamento constitucional no es el art. 24.1 CE –sin perjuicio de que, una vez establecida, tenga relación con él³⁶– sino el art. 125 del Texto Fundamental, que lo prevé de estricta configuración legal. Es decir, será la Ley la que disponga en qué procedimientos penales existe y de qué forma.³⁷ La problemática constitucional sobre la ausencia de previsión expresa en las leyes procesales militares de la acción popular fue abordada por la STC 64/1999, de 26 de abril, que resuelve un recurso de amparo de la Associació d'Informació per a la Defensa dels Soldats contra el Auto del Tribunal Militar Territorial Primero que desestimó recurso de súplica contra resolución anterior que denegó la solicitud de la parte recurrente de intervenir, en calidad de acusación popular, en un procedimiento penal militar. Pues bien, los argumentos de la demandante³⁸ se basaban, en esencia, en lo siguiente:

³⁵ FERNÁNDEZ DOTÚ, P.J., (2000), Acusación particular y acción civil en el proceso penal militar en tiempo de paz: unas consideraciones críticas, Revista Española de Derecho Militar, nº 76, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Ministerio de Defensa, Madrid, págs. 200 y 201. Mantiene asimismo este autor que la redacción actual del art. 143 LOPM «resulta aún más incongruente en relación con el veto que se formula –por la simple no mención de la posibilidad- respecto al ejercicio en el proceso penal militar de la acción popular, pues si se da el caso, no infrecuente, de que el denunciante, no sea el perjudicado u ofendido por el delito, al arbitrar a su favor la vía del recurso contra el auto de archivo dictado por el Juez Togado en unas diligencias previas, y con ello, la posibilidad de acusar materialmente, y de hecho instar del Tribunal Superior, mediante la revocación del auto recurrido, la incoación del proceso penal, propiamente tal, se está de hecho abriendo una puerta indirecta, no sólo al ejercicio de la acción popular, sino a la propia querrela, pues el recurso puede fundarse incluso en la deficiencia de la prueba practicada y en el ofrecimiento de nuevas pruebas que den razón de la existencia del delito y posible responsabilidad del denunciado.» Pág. 199.

³⁶ STC 64/1999, de 26 de abril. FJ 4 *in fine*.

³⁷ Art. 125 CE: *Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular (...) en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine...*»

³⁸ En esencia las mismas razones se esgrimen en el trabajo de SOLÉ RIERA [SOLÉ RIERA, J. (1996), Revista de Derecho Procesal, Madrid, nº 3-4, págs. 513-538] que sostiene que «la normativa procesal militar vigente no regula específicamente el ejercicio de la acción popular ante la jurisdicción militar pero tampoco la prohíbe expresamente». Por otra parte, propugna la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ya que «los art. 101 y 270 LECr son también aplicables al proceso penal militar, ya que se refieren a una cuestión no regulada en la LPM y no se oponen (ni contradicen) a ninguna de las normas contenidas en la propia LPM.» Esa supuesta laguna de la legislación procesal militar no es tal o, por lo menos no cabía atribuirle los efectos que SOLÉ RIERA defiende, antes de la Sentencia constitucional de 2004 que elimina los límites al ejercicio de la acusación particular en tiempo de paz, tras la cual la interpretación del silencio de la Ley, en mi opinión, ha de ser diferente. SOLÉ RIERA llega a defender que la ley –antes de 2004– permite «(porque no lo prohíbe)» «que la acción penal sea ejercida por un tercero en calidad de acusador popular, aún en el caso de que el delito se impute a un militar y el ofendido o perjudicado por el delito sea otro militar que se halle en relación de subordinación jerárquica con el inculpado.» Observamos, por tanto, que con esta interpretación, antes de 2004 como indicamos más arriba, quedaría abierto un gran resquicio al fraude de ley posibilitando al militar ofendido o perjudicado el ejercicio de la acción

- a) La proclamación de que el ejercicio de la acción popular constituye un derecho fundamental incardinado en el art. 24.1 C.E., del que nadie puede ser privado, ni siquiera en el ámbito de una jurisdicción especial como la militar.
- b) Que en la legislación orgánica y procesal militar no existe una prohibición ni expresa ni implícita de la acción popular, lo que, a su juicio, sería preciso, para entenderla excluida de dicho ámbito por la ley.
- c) Que sobre la base de la distinción entre la acción popular y la acusación particular, a su juicio, proclamada en nuestra jurisprudencia, la falta de regulación de la primera en la legislación procesal militar, sin exclusiones de la misma, permite la aplicación al supuesto no regulado de lo establecido al respecto por la LECrim, dado lo dispuesto en la Disposición adicional primera de la Ley Procesal Militar.
- d) La preferencia de la interpretación más favorable al ejercicio de la acción popular en el proceso penal militar, como criterio adecuado a la mayor efectividad del derecho fundamental de tutela judicial efectiva, del que aquélla forma parte.³⁹

Frente a estos argumentos y, resultando la institución de la acción popular como de clara configuración legal, no existe un Derecho Fundamental al establecimiento por el Legislador de la acción popular. Así lo declara el Tribunal Constitucional en la mencionada sentencia con la siguiente literalidad: *«Resulta claro así que la Constitución en ese precepto abre a la ley un amplio espacio de disponibilidad, sin precisa limitación, para que en relación con determinados ámbitos jurisdiccionales o tipos distintos de procesos la acción popular pueda, o no, establecerse; y por ello es perfectamente adecuado a dicho precepto constitucional que en determinados procesos no exista tal acción. En otros términos, no hay base en ese precepto, para poder poner en duda la constitucionalidad de una determinada ley procesal (en este caso que nos ocupa la L.O. 2/1989) por no dar cabida en ella a la acción popular, ni para que la*

popular cuando no podría materializar sus pretensiones por la vía de la acusación particular debido a las restricciones a la misma que contenían las leyes procesales militares. SOLÉ RIERA sostiene asimismo –de igual manera que los demandantes de amparo en el recurso resuelto por la STC 64/1999, de 26 de abril- que el ejercicio de la acción popular es un derecho fundamental y que las leyes procesales deben interpretarse en el sentido más favorable a la efectividad del mismo, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El problema respecto a este argumento es de partida: no existe un Derecho Fundamental al establecimiento de la acusación popular. Ésta solo podrá ejercerse en la medida en que las leyes de procedimiento efectivamente la prevean. Se trata, por tanto, de una institución de estricta configuración legal. Parece deducirse asimismo que el mencionado autor entiende que las normas procesales militares siguen considerando su regulación como un «mundo aparte» en el sentido explicado por la STC 60/1991, de 14 de marzo. No podemos, en mi opinión, llegar a la conclusión de que el respeto a los principios constitucionales por las leyes procesales militares imponga una regulación idéntica al régimen general previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de la misma manera que no resulta posible pretender que en nuestro Ordenamiento Jurídico exista una legislación procesal penal uniforme. Ejemplo de ello son las distintas leyes procesales, incluso en el ámbito de conocimiento de la Jurisdicción Ordinaria –a saber Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, con diverso tratamiento de las instituciones procesales y, particularmente, por lo que se refiere a la acusación particular y la acción popular, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores, que no contempla la acusación popular y que incluso llegó a prohibir, antes de la reforma operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, la misma posibilidad de personarse como acusador particular.

³⁹ STC 64/1999, de 26 de abril. FJ 1.

interpretación constitucional de esa Ley deba hacerse en un sentido favorecedor de la existencia de dicha acción.

Si, pues, no existe imperativo constitucional en razón del cual deba existir la acción popular en un determinado ámbito procesal, a la hora de afrontar la interpretación adecuada de una determinada ley procesal penal (aquí la L.O. 2/1989), no se plantea adecuadamente el problema, cuando se invierten sus términos, formulándolos en el sentido de si tal ley excluye explícita o implícitamente dicha acción para, en caso negativo, afirmar su existencia. Lo determinante es, si ésta, como dato positivo, se establece en la ley, bien por regulación directa en ella o bien por remisión supletoria a otra en la que esté establecida.

Si no hay consagración explícita de la acción popular en la ley, directa o por remisión, tal acción no existe en el ámbito de que se trate, y esa inexistencia en modo alguno suscita problema alguno de constitucionalidad.

El planteamiento, como se ve, es cabalmente el contrario al de la recurrente, una vez que se ha negado que ni el art. 24, ni en el art. 125 C.E. exijan de principio el establecimiento de la acción popular en todo tipo de procesos penales.»⁴⁰

Al no suscitarse problema alguno de constitucionalidad, como señala el Supremo Intérprete, en la falta de previsión en las leyes procesales militares de la acción popular, la existencia de la misma dependerá, en ausencia de previsión expresa en la LOCOJM y LOPM, de la posibilidad de aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tal y como dispone la Disposición Adicional Primera de la LOPM; pero este extremo ya es una cuestión de interpretación de la legalidad ordinaria y no corresponde al Tribunal Constitucional—como él mismo admite— sino a los Tribunales Ordinarios, concretamente a los órganos de la Jurisdicción Castrense.⁴¹ Los Tribunales Militares, como decíamos, interpretaron hasta el momento esta omisión de las leyes procesales militares como una negativa de las mismas a la acción popular⁴² ya que, como asimismo indicábamos más arriba, al preverse restricciones al ejercicio de la acusación particular, no parecía razonable, con buen criterio, entender que, sin embargo, la Ley acogía la acción popular, lo que significaría una puerta abierta al fraude de ley. Es decir, no se aplicaba supletoriamente la LECr porque se entendía que no había tal laguna en la legislación procesal militar. Y, agotando hasta el extremo su juicio de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional en la mentada Sentencia 64/1999 declara que la resolución del Tribunal Militar, al realizar esta interpretación, no carece

⁴⁰ FJ 3. Los subrayados son míos..

⁴¹ FJ 5.

⁴² A este respecto advierte no sin razón TURIENZO VEIGA que «se deja en manos de cada uno de los órganos judiciales militares la decisión contingente de decidir sobre su admisibilidad [de la acción popular], sin que hasta la fecha exista un mecanismo que permita la uniformidad de estas decisiones, con lo que comporta esta situación para el principio de seguridad jurídica. Pensemos que las resoluciones de este tipo no llegan al Tribunal Supremo con nuestro sistema casacional actual; tampoco existe hasta la fecha ninguna Circular o Instrucción que diga a los Fiscales Jurídico Militares que criterio es el que deben de seguir ante estos casos, muy posiblemente porque la necesidad no se ha sentido hasta ahora, pero el problema suscitado no deja de existir por este hecho.» TURIENZO VEIGA, A. (2007), La desaparición de los límites del ejercicio de la acusación particular en la Jurisdicción Militar y la acusación popular. Colección Cuadernos Digitales de Formación, Jornadas sobre Jurisdicción Militar 2007, Consejo general del Poder Judicial, Madrid, n° vol. 27/2008, págs. 251-266.

manifiestamente de fundamento ni incurre en error patente ni es irrazonable⁴³. Por el contrario, dice el Tribunal que «[e]l examen de las resoluciones recurridas evidencia que se trata de resoluciones extensamente razonadas, sobre cuya corrección en el plano de la legalidad debemos eludir todo pronunciamiento, como no sea el de rechazar que adolezcan de ninguno de los vicios propios de nuestro control.

Por otra parte, pese a lo que sostiene el demandante, no es irrazonable entender que tanto la LECrim como la L.O. 2/1989, regulan una sola acción penal (no dos, particular y popular) y, por ello, tampoco puede serlo interpretar, como lo han hecho las resoluciones impugnadas, que el régimen de la acción popular establecido en la LECrim no puede aplicarse como supletorio de lo establecido en la L.O. 2/1989, al resultar incompatibles dada la distinta amplitud con que una y otra norma regulan el ámbito de los legitimados para ejercer la acción penal.»⁴⁴

Ahora bien, en mi opinión, el silencio de las leyes rituarías militares no puede ser interpretado de igual forma tras la sentencia constitucional de 21 de octubre de 2004. Porque, si decíamos que la negativa implícita de la Ley a la acción popular se basaba en la existencia de restricciones al ejercicio de la acusación particular en tiempo de paz, una vez desaparecidas dichas barreras, la interpretación de la legalidad no puede ser la misma. Como dice TURIENZO VEIGA, la STC 179/2004 «quizás sin quererlo incide en la acusación popular al alterar el régimen de la acusación particular en las leyes militares.»⁴⁵ Parece necesaria pues una reconstrucción interpretativa de las leyes procesales militares ya que en tiempo de paz ahora no difieren del sistema acusatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Actualmente la omisión no debe interpretarse como prohibición. En este momento sí podemos afirmar (tras la sentencia constitucional de 2004) que si el Legislador hubiera querido prohibir la acción popular, lo hubiese hecho expresamente y así, si desea la inexistencia de dicha figura en el proceso penal militar, lo prohibirá introduciendo una simple reforma en las leyes procesales militares.⁴⁶ De lo contrario hay que entender que rige con carácter supletorio el sistema general de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que sí reconoce y regula dicha institución. Si se declara por los Tribunales Castrenses la aplicación supletoria de la LECr, hay que entender, con arreglo a la jurisprudencia constitucional ya citada con motivo de pronunciamientos de la Jurisdicción Ordinaria, que la posibilidad de ejercicio de la acción popular en el ámbito de la Jurisdicción Militar se convertiría en un derecho fundamental –de configuración legal– pero con todas las consecuencias, incluido el amparo ante el Tribunal Constitucional, al estar conectado con el art. 24.1 CE (acceso al proceso) aunque su reconocimiento constitucional venga dado por el art. 125.

⁴³ Subrayo estos términos ya que exclusivamente en esos supuestos corresponde al Tribunal Constitucional, según su propia jurisprudencia, examinar la interpretación de la legalidad por los Tribunales Ordinarios.

⁴⁴ FJ 5.

⁴⁵ TURIENZO VEIGA, A. (2007), La desaparición de los límites del ejercicio de la acusación particular en la Jurisdicción Militar...

⁴⁶ Vid nota 55.

5. LA ACUSACIÓN PARTICULAR Y LA ACCIÓN POPULAR EN TIEMPO DE GUERRA

La LOCOJM, bajo la rúbrica de su Título X, «*De la Jurisdicción Militar en tiempo de guerra*», incardinado en el Capítulo IV, «*De la Fiscalía Jurídico Militar, de la defensa, la acusación particular y la acción civil en tiempo de guerra*», dispone en su art. 168 lo siguiente: «*En tiempo de guerra, en el ámbito de aplicación de este título, no se admitirán la acusación particular, ni la intervención del actor civil, sin perjuicio de la posibilidad de ejercitar la acción civil ante la jurisdicción ordinaria.*»⁴⁷

Como afirma FERNÁNDEZ DE HENESTROSA BALMASEDA «[n]o son muchas las normas que los anteriores Código de Justicia Militar para el Ejército de Tierra de 1890, Ley de organización y atribuciones de los Tribunales de Marina [de 10 de noviembre de 1894] y Código de Justicia Militar para los tres Ejércitos de 1945 (...) dedican exclusiva y especialmente a la organización de la jurisdicción militar en tiempo de guerra, y que deben completarse con el Reglamento de Servicio Militar de Campaña (...), consistiendo en la atribución de potestad jurisdiccional al General en Jefe, facultándolo para dictar bandos con la consiguiente extensión de la competencia de la jurisdicción militar.»⁴⁸

En primer lugar resulta clave delimitar cuándo nos encontramos en tiempo de guerra y el art. 13 LOCOJM remite al art. 14 del Código Penal Militar. Este precepto prevé que esta locución «*comprende el período de tiempo que comienza con la declaración formal de guerra, al ser decretada la movilización para una guerra inminente o con la ruptura generalizada de las hostilidades con potencia extranjera, y termina en el momento en que cesen éstas.*» De manera que las disposiciones para «tiempo de guerra» no exigen con carácter *sine qua non* una declaración formal de guerra en el sentido del art. 63 CE.

Respecto a las distintas situaciones en que nos encontraríamos en tiempo de guerra y serían aplicables, por ello, las disposiciones del Título X LOCOJM, no presenta dificultades la declaración formal de guerra ya que requiere un acto formal de Su Majestad el Rey, previa autorización de las Cortes Generales, aunque es una previsión realmente en desuso. En cuanto al decreto de movilización para una guerra inminente (aún no declarada) nos encontramos con la dificultad de que las normas sobre movilización nacional se encontraban contenidas en la Ley 50/1969, de 26 de abril, Básica de Movilización Nacional, que ha sido derogada por la Ley 39/2007, de 19 de noviembre de la Carrera Militar, por lo que habría que intentar buscar apoyatura legal a la Movilización en los preceptos de esta última norma y de la Ley Orgánica 5/2005,

⁴⁷ De esta dicción literal obviamente se deduce implícitamente asimismo la prohibición de la acción popular en tiempo de guerra ya que si, aún no admitida en tiempo de paz y, establecidas determinadas restricciones al ejercicio de la acusación particular en tiempo de paz en el momento de la aprobación de la LOCOJM, no parece razonable interpretar que la ley admita la posibilidad del ejercicio de la acción popular en tiempo de guerra.

⁴⁸ FERNÁNDEZ DE HENESTROSA BALMASEDA, L. (1995), Comentarios a las Leyes Procesales Militares (Tomo I), Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, véase pág. 818.

de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional.⁴⁹ Respecto a la ruptura generalizada de hostilidades, parece ser el concepto más indeterminado de todos los que pueden determinar la aplicación del art. 157 y ss. LOCOJM. Ahora bien, como dice FERNÁNDEZ DE HENESTROSA BALMASEDA «hará falta, aunque sólo sea a efectos internos, una declaración formal y pública de autoridad competente haciendo saber que han entrado en vigor las disposiciones especiales previstas para tiempo de guerra, pues no debe quedar al arbitrio de cada tribunal valorar el grado de generalización de ruptura, en aras del principio de legalidad.»⁵⁰

En realidad, las disposiciones para tiempo de guerra previstas en la LOCOJM se han revelado inaplicables ya que hoy día no se declaran formalmente las guerras ni siquiera la ruptura generalizada de las hostilidades. Sí podría plantearse la aplicación de ciertos preceptos de la LOCOJM para tiempo de guerra a situaciones de crisis, a saber, fundamentalmente en caso de estado de sitio declarado conforme a los arts. 55 y 116 CE⁵¹ y en el caso de los teatros de operaciones cuando las Fuerzas Armadas españolas se encuentren en misiones en el exterior que exijan el uso de la fuerza, en cuyo caso las citadas disposiciones especiales de la LOCOJM o de la Ley Procesal Militar, en su caso, deberían quedar circunscritas al espacio concreto en que se desarrolle la misión.

Centrándonos en concreto en la prohibición impuesta en el art. 168 LOCOJM, escribía en 1995 FERNÁNDEZ DE HENESTROSA BALMASEDA –por tanto, antes de la eliminación de restricciones al ejercicio de la acusación particular en tiempo de paz– que «[l]os arts. 108 de la LOCOM y 127 de LPM impiden ejercer la acusación particular y la acción civil cuando el ofendido o perjudicado y el inculpado sean militares y exista relación jerárquica de subordinación.

La razón es la protección de la disciplina. En este art. 168, ambas acciones se prohíben en todo caso, incluso cuando ni siquiera sean militares los ofendidos e inculpados. Por lo tanto la razón de ser de este precepto es solo la celeridad y simplificación del proceso.»⁵²

La prohibición total del ejercicio de la acusación particular y, por ende, de la acción popular en tiempo de guerra implica que el art. 168 impone el monopolio absoluto del Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acusación en dichas circunstancias en el sentido previsto en la Legislación Procesal Militar histórica para tiempo de paz.

Las razones aducidas por la doctrina, como vemos, para tan drástica prohibición en extremas circunstancias estriban en la celeridad y simplificación del proceso, la protección de la disciplina como factor de cohesión de las Fuerzas Armadas y la no-

⁴⁹ Vid. art. 29 a) que se refiere a la incorporación «de los reservistas que se consideren necesarios.» Esta previsión se desarrolla en el art. 122 y ss. de la Ley 39/2007, de la Carrera Militar.

⁵⁰ FERNÁNDEZ DE HENESTROSA BALMASEDA, L. (1995), Comentarios a las Leyes Procesales Militares (Tomo I), Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, véase pág. 819.

⁵¹ Vid. asimismo arts. 32 a 36 de la LO 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

⁵² FERNÁNDEZ DE HENESTROSA BALMASEDA, L. (1995), Comentarios a las Leyes Procesales Militares (Tomo I), Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, véase págs. 828 y 829.

civa presencia de litisconsortes junto al Ministerio Fiscal en el proceso penal militar en tiempo de crisis formalizado a través de instrumentos previstos en la LOCOJM.

Ahora bien, tras la STC 179/2004 se hace precisa una revisión del fundamento constitucional del monopolio acusatorio del Ministerio Fiscal, incluso en tiempo de guerra. A mi juicio no bastará sin más que el Legislador justifique el veto a cualquier posibilidad de ejercicio de la acusación particular (otra cosa es la acción popular) en razones de disciplina o de la necesaria celeridad del proceso. En cuanto a esto último, porque, si es que realmente admitimos que la presencia de un acusador particular pone en riesgo la simplicidad del proceso, con ello se desvirtuarían los fines mismos del proceso penal y, a la postre, los principios constitucionales que la configuración de la Jurisdicción Militar debe respetar. Aunque es jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional que no existe un Derecho Fundamental derivado del art. 24 CE al establecimiento de la acusación particular y de la acción popular⁵³, la prohibición total y absoluta del ejercicio de la acusación para defender sus derechos o intereses legítimos *ex art. 24 CE* en un proceso penal, teniendo en cuenta la configuración de la Jurisdicción Militar y, particularmente, de la Fiscalía Jurídico-Militar en tiempo de guerra⁵⁴, poco parece compadecerse con los principios constitucionales y con el Derecho Fundamental a un proceso justo y con todas las garantías, ya que un Ministerio Fiscal fuertemente jerarquizado llegaría a disponer realmente del proceso pudiendo solicitar el sobreseimiento o incluso retirando la acusación⁵⁵ sin que al particular ofendido por el delito le cupiese ninguna posibilidad de impetrar la tutela judicial efectiva, colocándole en una grave situación de indefensión constitucionalmente proscrita, a mi juicio, incluso en tiempo de guerra ya que, según el Tribunal Constitucional, la legitimidad constitucional, para no producir indefensión al particular, de la exclusión o prohibición del ejercicio de la acusación particular requiere de una justificación asentada en poderosas razones, orientada a la protección de bienes o derechos constitucionalmente relevantes.⁵⁶ En cuanto a la disciplina, como se ha indicado más arriba, constituye, según el Tribunal Constitucional, un valor imprescindible para la garantía de la cohesión de las Fuerzas Armadas y de la consecución de las altas funciones que le encomienda el art. 8.1 CE, elevado además a la categoría de principio configurador

⁵³ SSTC 64/1999, 81/1999, 280/2000 y 179/2004.

⁵⁴ Además de la previsión del art. 92 LOCOJM en orden a la posibilidad de que el Ministro de Defensa –y, por ello, el Ejecutivo– pueda impartir órdenes e instrucciones al Fiscal Togado referentes a las actuaciones que deben adoptarse para la mejor aplicación de las leyes ante los Tribunales y Juzgados Militares, resultan reveladores el art. 157 y ss., particularmente el 161 relativo al libre nombramiento y relevo de cuantos ejercen cargo o destino en la jurisdicción militar por parte del Gobierno, Ministro de Defensa o Autoridades en quienes deleguen, salvo en la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo.

⁵⁵ Hablaba en 1994 ROJAS CARO, respecto a las restricciones a la acusación particular, de un monopolio del Ministerio Fiscal en el proceso penal militar lo que, según él, ocasionaba «[e]l riesgo cierto de que, con este práctico monopolio, el Ministerio Fiscal se convierta en árbitro del proceso, en juez y parte, singularmente cuando se pide el sobreseimiento o la absolución o retira la acusación, porque esas peticiones son vinculantes para el Tribunal, y un error en la petición fiscal no hay modo de subsanarlo (...), comprometiéndose y frustrándose con ello el fin del proceso, que es el de averiguar la existencia de un delito y castigarlo, en su caso.» ROJAS CARO, J. (1994), El monopolio acusador del Ministerio Fiscal ¿Puede frustrar el fin del proceso?, Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos y Procedimientos Militares, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pág.656.

⁵⁶ STC 115/2001, de 10 de mayo, FJ 11.

de la Institución Militar. Pero ello no debe significar que el enfrentamiento procesal entre militares de distinto empleo –ni siquiera en tiempo de guerra– afecte al valor de la disciplina, tal y como se ha ocupado de razonar el Supremo Intérprete de la Constitución en las SSTC 115/2001 y 179/2004 (a las que nos hemos referido más arriba). De manera que, como afirma el Tribunal, en la última de las resoluciones indicadas *«el valor o principio de la disciplina militar no debe extravasar su propio ámbito para proyectarse en el seno del proceso, en cuanto éste es instrumento de enjuiciamiento y satisfacción de pretensiones, y ello aunque tal proceso, como el sustanciado por la jurisdicción militar en averiguación y castigo de los delitos y faltas militares, ofrezca algunas peculiaridades, que deberán, en todo caso, atenerse a la exigencia del art. 117.5 CE, de estar reguladas «de acuerdo con los principios de la Constitución»»*.⁵⁷ No obstante, ya en la STC 24/1999 había tenido ocasión el Tribunal de anticipar su postura acerca de la disciplina como pretendido límite a la tutela judicial efectiva declarando que *«[e]n ningún supuesto pueden plantearse como antagónicas la disciplina de los ejércitos y la tutela judicial de quienes forman en sus filas. La jurisdicción militar, sin perder las características que le son inherentes y la justifican constitucionalmente, ha de ser ante todo «jurisdicción», y, como tal, una manifestación de la función a la cual constitucionalmente se confía aquella tutela.»*⁵⁸

Por lo que se refiere a la acción popular en tiempo de guerra, razones constitucionalmente fundadas como el negativo régimen de un litisconsorcio del acusador popular junto al Ministerio Fiscal y al acusador particular en circunstancias realmente excepcionales así como los perniciosos efectos sobre la Defensa Nacional que pudiera acarrear la apertura a la acción popular de la posibilidad de acusación por cualquiera de los delitos contemplados en la legislación penal militar hacen aconsejable su prohibición en tal coyuntura. Pero es igualmente conveniente que el Legislador lo haga constar así de forma expresa en la legislación procesal militar, de igual manera que es deseable que lo haga en tiempo de paz si lo que desea es prohibir la posibilidad de ejercicio de la acusación popular en el ámbito de la Jurisdicción Militar, algo que, como sabemos, se trata de una opción constitucionalmente legítima del Legislador, dado que la posibilidad de que los ciudadanos ejerciten la acción popular es de estricta configuración legal.

6. CONCLUSIONES

I.- Una vez desaparecidas las restricciones al ejercicio de la acusación particular ante los Tribunales Castrenses tras la sentencia constitucional de 2004, nos planteamos en el presente trabajo si es posible el ejercicio de la acción popular en el consabido ámbito.

Hemos partido en primer lugar para ello de la doctrina constitucional por la que la existencia de la acusación popular es de estricta configuración legal *ex art. 125 CE*. Así, mientras la acusación particular tiene su origen en el Derecho Fundamental consagrado en el art. 24.1 CE, la acción popular deriva del art. 125 del Texto Funda-

⁵⁷ FJ 7.

⁵⁸ FJ 4.

mental. Ahora bien, ni la LOCOJM ni la LOPM se pronuncian sobre la posibilidad de ejercicio de la acción popular. La interpretación del silencio de las Leyes Procesales Militares dista de ser pacífica. Debemos, con carácter preliminar, aclarar –en línea con lo dicho– que la interpretación del silencio del Legislador se trata de una cuestión de legalidad ordinaria. No hay, pues, problema de constitucionalidad alguno, viene a declarar el Tribunal Constitucional en la STC 64/1999, en que los Tribunales Castrenses interpreten el silencio de las Leyes Procesales Militares como prohibición y rechacen la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal –que sí contempla la acusación popular. Pues bien, nuestra postura consiste en que la interpretación de la legalidad ordinaria –sin que ello lleve aparejado reconocimiento de Derecho Fundamental alguno– debe ser diferente tras la STC 179/2004. En efecto, si antes de 2004 aun existían restricciones para ejercer la acusación particular por el ofendido o perjudicado por el delito en ciertos supuestos, se concluía con ello que la Ley ni siquiera se planteaba la figura del acusador popular. Posiblemente encontremos en este razonamiento la respuesta a la omisión de la Ley. Porque si omisión –con anterioridad a la STC 179/2004– lo hubiésemos entendido como reconocimiento de la institución quedaría con ello la puerta abierta al fraude de ley ya que las personas que con arreglo a la legislación procesal anterior tuviesen vedado el acceso a la acusación particular, podrían ejercerla por la vía del supuesto reconocimiento tácito a la acusación popular. Sin embargo, desaparecidos los límites al ejercicio de la acusación particular en tiempo de paz, se impone una reconstrucción interpretativa de las leyes procesales militares ya que, mientras no nos encontremos en tiempo de guerra, ahora no difieren del sistema acusatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Actualmente la omisión no debe interpretarse como prohibición. En este momento sí podemos afirmar (tras la sentencia constitucional de 2004) que si el Legislador hubiera querido prohibir la acción popular, lo hubiese hecho expresamente y así, si desea la inexistencia de dicha figura en el proceso penal militar, lo prohibirá introduciendo una simple reforma en las leyes procesales militares. De lo contrario, hay que entender que rige con carácter supletorio el sistema general de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que sí reconoce y regula dicha institución. Por ello, resultaría sumamente esclarecedor que el Legislador Procesal Militar realizase referencia expresa a dicha institución, regulándola, estableciendo límites a su ejercicio o, simplemente, prohibiéndola (y ello con plena legitimidad) en el ámbito de la Jurisdicción Castrense a semejanza de lo establecido en otras Leyes Procesales como la que regula la Responsabilidad Penal del Menor.⁵⁹

II.- Respecto a la prohibición del ejercicio de la acusación particular en tiempo de guerra (y por ende de la acción popular) ello determina el monopolio absoluto del Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acusación en tan extraordinarias circunstancias. Aunque, según la doctrina constitucional, no existe un Derecho Fundamental al establecimiento por el Legislador de la acusación particular y mucho menos de la acción popular, el veto legal a cualquier posibilidad de accionar para defender los derechos e intereses legítimos ante los Tribunales Castrenses, aunque se trate de tiempo de guerra, teniendo en cuenta la configuración de la Jurisdicción Militar y, particularmente, de la Fiscalía Jurídico-Militar en tiempo de guerra⁶⁰, poco parece compadecerse con

⁵⁹ Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores.

⁶⁰ *Vid.* nota 55.

los principios constitucionales y con el Derecho Fundamental a un proceso justo y con todas las garantías, ya que un Ministerio Fiscal fuertemente jerarquizado llegaría a disponer realmente del proceso pudiendo solicitar el sobreseimiento o incluso retirando la acusación⁶¹ sin que al particular ofendido por el delito le cupiese ninguna posibilidad de impetrar la tutela judicial efectiva, colocándole en una grave situación de indefensión constitucionalmente proscrita, a mi juicio, incluso en tiempo de guerra ya que, según el Tribunal Constitucional, la legitimidad constitucional, para no producir indefensión al particular, de la exclusión o prohibición del ejercicio de la acusación particular requiere de una justificación asentada en poderosas razones, orientada a la protección de bienes o derechos constitucionalmente relevantes.

III.- Por lo que se refiere a la acción popular en tiempo de guerra, razones constitucionalmente fundadas como el negativo régimen de un litisconsorcio del acusador popular junto al Ministerio Fiscal y al acusador particular en circunstancias realmente excepcionales así como los perniciosos efectos sobre la Defensa Nacional que pudiera acarrear la apertura a la acción popular de la posibilidad de acusación por cualquiera de los delitos contemplados en la legislación penal militar hacen aconsejable su prohibición en tal coyuntura. Pero es igualmente conveniente que el Legislador lo haga constar así de forma expresa en la legislación procesal militar, de igual manera que es deseable que lo haga en tiempo de paz si lo que desea es prohibir la posibilidad de ejercicio de la acusación popular en el ámbito de la Jurisdicción Militar, algo que, como sabemos, se trata de una opción constitucionalmente legítima del Legislador.

IV.- En definitiva, la figura del acusador popular, tratándose de un pilar básico en nuestro Estado Democrático de Derecho, resulta ser una figura de estricta configuración legal. Por ello, aprovechando los proyectos –aunque, de momento, no traducidos en ninguna iniciativa legislativa– que pretenden limitarla, resulta de *lege ferenda* su regulación explícita –insisto, incluso para limitarla o prohibirla– en el ámbito de la Jurisdicción Castrense, introduciendo la última jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, pero correctamente entendida.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- CHAMORRO BERNAL, F. (1994), La tutela judicial efectiva, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona.
- CLAVER VALDERAS, J.M. y VV.AA. (1995), Comentarios a las Leyes Procesales Militares (Tomo II), Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, págs. 1379-1447.
- DE DIEGO DÍEZ, L.A. (1998), El derecho de acceso a los recursos, Colex, Madrid.
- DE ESTEBAN, J. y GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J. (1993), Curso de Derecho Constitucional Español II, AGISA, Madrid.
- DOIG DÍAZ, Y. (2002), La reforma del derecho Penal Militar, Anuario de Derecho Penal 2001-2002, Madrid, págs. 285-311.

⁶¹ Vid. nota 56.

- FERNÁNDEZ DE HENESTROSA BALMASEDA, L. y VV.AA. (1995), Comentarios a las Leyes Procesales Militares (Tomo I), Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, págs. 815-829.
- FERNÁNDEZ DOTÚ, P.J. (2000), Acusación particular y acción civil en el proceso penal militar en tiempo de paz: unas consideraciones críticas, Revista Española de Derecho Militar, nº 76, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Ministerio de Defensa, Madrid, págs. 187-201.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1992), El sistema constitucional español, Dykinson, Madrid.
- GARCÍA MORILLO, J. (1991) y VV.AA., Derecho Constitucional. Volumen I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos, Tirant lo Blanch, Valencia.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, J. y VV.AA. (1997), Constitución y Jurisdicción Militar, Libros Pórtico, Zaragoza.
- RODRÍGUEZ ZAPATA PÉREZ, J. y VV.AA. (2006), Jurisdicción Militar: aspectos penales y disciplinarios, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid.
- ROJAS CARO, J. y VV.AA. (1994), El monopolio acusador del Ministerio Fiscal ¿Puede frustrar el fin del proceso?, Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos y Procedimientos Militares, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, págs.651-657.
- ROMERO COLOMA, A.M^a. (1993), El artículo 24 de la Constitución Española: Análisis y valoración, Serlipost, Barcelona.
- SAN CRISTÓBAL REALES, S. (1996), La Jurisdicción Militar, de jurisdicción especial a jurisdicción especializada, Granada.
- SOLÉ RIERA, J. (1996), Revista de Derecho Procesal, Madrid, nº 3-4, págs. 513-538.
- TURIENZO VEIGA, A. (2007), La desaparición de los límites del ejercicio de la acusación particular en la Jurisdicción Militar y la acusación popular, Colección Cuadernos Digitales de Formación, Jornadas sobre Jurisdicción Militar 2007, Consejo general del Poder Judicial, Madrid, nº vol. 27/2008, págs. 251-266.

8. EL IMPACTO DE LA INDUSTRIA DE DEFENSA EN EL MEDIO AMBIENTE

Cristina Laín Casado
Teniente Auditor

SUMARIO: I.1. Concepto de la Industria de Defensa. I.2. Horizonte de la industria de defensa: aspecto económico y su importancia en la industria en términos generales. II. Derechos en juego: Defensa y Medio Ambiente. III. Conclusiones. IV. Bibliografía.

I.1. Concepto de la industria de defensa

Comencemos por analizar el concepto de Industria de Defensa, con esta denominación se hace referencia a una pluralidad de industrias productoras de diversos bienes pero todos ellos con una nota común, cual es, ser bienes específicamente producidos para las Fuerzas Armadas, lo que permite también diferenciar esta industria del sector civil.

La pretensión de deslindar el ámbito de la industria militar no es baladí, entre otros motivos debido al empleo de las llamadas «tecnologías de doble uso», civil y militar, lo que dificulta la escisión entre las empresas civiles y sus productos por un lado y las militares por otro.

Es preciso por tanto hacer la siguiente clasificación, se encuentran incluidas en el campo de la Industria de Defensa las empresas suministradoras de bienes y servicios adquiridos por el Ministerio de Defensa cada año, considerándose militares los destinados al uso exclusivo de las Fuerzas Armadas. Por otro lado, el material de **doble uso** adquirido por las Fuerzas Armadas tiene consideración de militar y por ello las empresas suministradoras de dicho material se integran en el concepto de Industria de Defensa; sin embargo no quedan incluidas en este concepto las empresas que producen otros *bienes de uso común en el sector civil*, tales como vestuario, turismo, alimentación,..., aunque tales bienes sean también demandados y adquiridos por las Fuerzas Armadas.

Es imprescindible en este punto que abordemos el tema de la **exportación**, por su importancia desde un punto de vista económico, ya que permite recuperar costes, y desde un punto de vista político, ya que en gran medida depende de las relaciones de cooperación entre Estados.

La inversión en la Industria de Defensa ha sufrido un progresivo ascenso para garantizar con ello la ventaja tecnológica y gozar el Estado de una situación de superioridad frente a la amenaza exterior. Por ello países como EE.UU. gozan de superioridad en los mercados exteriores de material de defensa debido a la capacidad de sus mercados interiores y la ventaja que, desde el punto de vista económico, supone la reducción de gastos que le reporta los beneficios de la exportación.

Una de las diferencias de la Industria de Defensa con la del sector civil que, a mi juicio, merece la pena exponer, es el efecto de concesión de una patente, ya que no atribuye al país al que se concede la misma la exclusividad sobre la tecnología novedosa; lo que ha llevado a algunos Estados a «*autoabastecerse*», sin perjuicio de que en la práctica tengan que adquirir determinadas tecnologías en el exterior a las que por razones de eficacia no es posible renunciar.

El *autoabastecimiento* supone exclusividad y suministro de tecnología en épocas de crisis, por ello, este objetivo es buscado, no sólo por razones estrictamente económicas, sino además por otros motivos de carácter político¹, en los que ahora no me voy a detener.

Por último otra de las diferencias a mencionar entre la Industria de Defensa y las empresas del sector civil es que hay determinados bienes, como las minas contra personas, que impiden el comercio exterior, lo que implica claramente un freno a la exportación.

Por todo lo dicho, para evaluar la dimensión de la Industria de Defensa hay que atender al gasto en material de defensa que recogen los Presupuestos Generales del Estado, teniendo en cuenta el importe de las compras de material extranjero y a ello descontar el importe de la exportación de este tipo de material, que como he dicho antes, implica un beneficio económico y por tanto una reducción de los gastos que España invierte en Industria de Defensa.

España, al igual que otros países se ha visto afectada por un proceso de cambios en las misiones de las Fuerzas Armadas; se debe a que los países, especialmente en sede de la OTAN, ya no se dedican tanto a repeler agresiones de otros Estados como a evitar conflictos lejos de sus fronteras; es conocido por todos el incremento de la participación de España en los últimos años en misiones internacionales.

¹ Razones políticas, de orgullo nacional, así como la «compra de votos» de las áreas donde se localizan las empresas dedicadas a la producción de los bienes en cuestión.

Como es un Gobierno concreto el que elige a la empresa suministradora, si ésta es extranjera, cuando simultáneamente existe la posibilidad de compra de ese mismo producto a una empresa nacional, aun a mayor precio y menor calidad tecnológica, la responsabilidad por las pérdidas de trabajo producidas son atribuidas directamente al Gobierno que ha hecho la elección; mientras que esta situación no suele darse en otro tipo de adquisiciones gubernamentales.

Este cambio ha supuesto una modificación en cuanto al tipo de material de defensa demandado; así las nuevas misiones exigen una mayor capacidad de transporte, de vigilancia, comunicación, mayor desarrollo tecnológico e informático...

I.2. Horizonte de la industria de defensa: aspecto económico y su importancia en la industria en términos generales

Centro en este momento mi atención en el **aspecto puramente económico** de la Industria de Defensa.

En cuanto a la demanda de material por el Ministerio de Defensa al sector empresarial haré la siguiente clasificación:

- Bienes y servicios demandados por las Fuerzas Armadas que seguirían siendo consumidos por la población aun cuando no existieran las Fuerzas Armadas;
- Bienes y servicios demandados exclusivamente por las Fuerzas Armadas destinados al funcionamiento de las mismas.

Desde una dimensión económica debo señalar la escasa proporción de las compras de material de carácter militar respecto del conjunto de la industria española; sirva como ejemplo, que la demanda generada por las Fuerzas Armadas españolas a la industria nacional de defensa disminuye del 0,97 por 100 en 1990 al 0,56 por 100 en 1997, de la facturación total de la industria manufacturera.

Como contrapartida ha aumentado la dimensión de las «adquisiciones civiles» debido a la reducción de gastos de mantenimiento y funcionamiento de la Administración Militar.

En este aspecto también considero interesante resaltar la dependencia exterior de las Fuerzas Armadas, consecuencia de la falta de adaptación de las empresas españolas a la nueva demanda de material militar, debido fundamentalmente a la anteriormente mencionada nueva situación internacional del Ejército español.

Analizaré a continuación la específica situación de la Industria de Defensa española; me refiero a la diferencia destacada con respecto al sector civil, ya que las empresas integrantes del sector de la Industria de Defensa desarrollan su actividad en un marco económico en el que el nivel de competencia entre empresas oferentes es inferior al que deben enfrentarse los empresarios en el ámbito civil, ya que no hay un gran número de oferentes y demandantes, sino que se produce un escenario de monopolio de demanda y un cuasi monopolio de oferta, consecuencia de la falta de adaptación de las empresas a la demanda de material militar.

Como consecuencia de lo anterior se produce el fenómeno de «*información asimétrica*», que sitúa al adquirente, las Fuerzas Armadas, en una posición de inferioridad a la hora de conocer el verdadero coste de producción y dificulta la garantía de la compra del mejor producto al mejor precio.²

² Además en los últimos años se ha experimentado un cambio importante en la composición de compras del Ministerio de Defensa debido a la incorporación de la tecnología al armamento, lo que se ha reflejado en un aumento de peso del sector electrónico y la caída de armamento y municionamiento.

Resta hablar de la exportación, cuyas características fundamentales resumen la situación actual; por un lado el mayor peso en la exportación del material de doble uso respecto del nivel de exportación de material de defensa en sentido estricto, y por otro el mayor protagonismo de los sectores Aeroespacial y Electrónico en cuanto a exportación de material de doble uso y disminución del sector Electrónico en materia de exportación de material de defensa.

Es relevante en este instante de desarrollo en el que me encuentro, plantear una visión del «*futuro de la Industria de Defensa*», destacando la dependencia de la Industria de Defensa respecto de la demanda de las Fuerzas Armadas españolas.

Esta perspectiva de futuro viene marcada por las siguientes características.

- La nueva visión de las funciones de las Fuerzas Armadas exige distintas estrategias y disponibilidad de armamento idóneo distintas de la requeridas hasta ahora;
- Envejecimiento de una parte importante de los sistemas de armas que requiere una inmediata renovación y su adquisición de acuerdo con lo mencionado en el apartado anterior;
- Necesidad de un nuevo sistema de dotación de recursos humanos caracterizados por la nota de la permanencia con formación y experiencia requeridas lo que permite mejorar la rentabilidad del material adquirido;
- Y por último una idea de «industria europea de defensa».³

Todo ello unido a una perspectiva de mejora en el futuro podría producir la apertura de un **proceso privatizador** guiado por un principio: la participación en grupos internacionales, fundamentalmente europeos; lo que por supuesto supone una importante participación financiera nacional que asegura la protección de los intereses nacionales.

Esta evolución se cierra con un objetivo claro de formación de empresas de dimensión europea para evitar el problema del encarecimiento de los costes de producción y el hecho de que los Ejércitos que participan en operaciones conjuntas manejen material diferente y la problemática que ello implica de llegar a un acuerdo de estrategia.

En conclusión, la situación actual de la Industria de Defensa se define por las nuevas misiones de nuestras Fuerzas Armadas y las inevitables limitaciones presupuestarias.

En cuanto al volumen de *recursos humanos* de las empresas suministradoras del material militar se ha mantenido una política de reducción de plantillas pero tratando de mantener el empleo por encima de aspectos estrictamente económicos.

Desde la perspectiva de la *productividad* se ha ocasionado una diversificación de la misma, lo que ha ocasionado la dificultad de las empresas para hacer frente a las crisis de demanda; en cambio la diversificación en cuanto al destino de lo producido es mucho mayor.

³ Esta visión viene enriquecida por otras circunstancias como el hecho de que España esté desarrollando proyectos de producción de plataformas simultáneamente para los tres Ejércitos.

II. DERECHOS EN JUEGO: DEFENSA Y MEDIO AMBIENTE

A su vez, la acción del hombre sobre su entorno ha generado el surgimiento de un nuevo fenómeno, cual es el cambio climático, que conlleva la aparición o el incremento de fenómenos naturales que ocasionan grandes siniestros de consecuencias impredecibles, especialmente cuando generan riesgos de carácter sanitario y la interrupción de infraestructuras críticas.

A ello hay que añadir las vulnerabilidades que pueden perturbar el normal funcionamiento de la sociedad debidas a una nueva dimensión en el ámbito de la seguridad y la defensa, el «ciberespacio», como consecuencia de la evolución informática.

En este contexto me parece interesante centrarme en el estudio de los efectos de los cambios ecológicos en el desarrollo de los conflictos y de los riesgos para la seguridad.

Existen fenómenos, algunos mencionados anteriormente, como el crecimiento demográfico, la migración, y básicamente, la destrucción del medio ambiente, que se consideran como amenazas militares.

Se señala al hombre como causante de los cambios ecológicos, ya que se sirve del ecosistema para incrementar su prosperidad, a través de modificar el medio ambiente y agotar los recursos naturales.

El crecimiento demográfico incrementa el problema, pues «Cada vez más hombres viven en nuestro planeta, consumiendo más materias primas y recursos, transfiriendo más cargas y contaminantes al medio ambiente; y a su vez el hombre se muestra cada vez más exigente frente a su entorno en cuanto al aumento de su calidad de vida.»⁴

Los numerosos cambios medioambientales a nivel regional han ocasionado consecuencias globales, lo que me lleva a plantear la siguiente cuestión, relevante desde la perspectiva de la seguridad, ¿contribuyen los cambios ecológicos al desarrollo de los conflictos no ya regionales, sino globales? Para el análisis de este interrogante debo partir de una clasificación de los cambios ecológicos.⁵

Los procesos naturales prolongados, como los cambios geológicos, se consideran transformaciones inevitables, distintas de un cambio ecológico, de origen antropogénico, como el derivado de la construcción de una presa. Así es conveniente clasificar los cambios ecológicos desde un punto de vista antropogénico.

El ENCOP⁶ de la Fundación Schweizerische Friedensstiftung, realizó un estudio empírico que analizó los problemas existentes de conflictos, para señalar la influencia de la alteraciones ecológicas en el riesgo de la seguridad, sosteniendo que *...los efectos nocivos en el hombre pueden atribuirse a tres patrones diferentes de causa-*

⁴ BASTIAN, T (1991) «Die Quelle der künftigen Kriege, IPPNW (Internationale Äzne für die Verhütung des Atomkrieges), Naturzerstörung. Wissenschaftliche Reihe Band, pág. 7.

⁵ Para esta clasificación se pueden tener en cuenta distintos aspectos, no sólo los medios ambientales (aire, agua, suelo,...), sino otros, como los geográficos. Pero cuando se toma en consideración el carácter conflictivo de los cambios del medio ambiente, debe fijarse el eje en el hombre.

⁶ Environment and Conflicts Project.

acción..., cuales son, las alteraciones ecológicas no antropogénicas, las alteraciones planificadas-deseadas antropogénicas y las alteraciones no planificadas-indeseables antropogénicas.

Siguiendo esta clasificación, los **cambios ecológicos no antropogénicos** se pueden definir como aquellos no atribuibles a la acción humana, sino que se trata de catástrofes naturales, como los terremotos, las irrupciones volcánicas, las inundaciones, las tormentas de arena, períodos de sequía, plagas de langosta o tormentas de granizo, entre otras fuerzas destructoras de la Naturaleza.

Estos cambios naturales producen efectos perjudiciales directos, reduciendo las posibilidades de desarrollo socioeconómico del país afectado, en contra de su estabilidad.

A diferencia de los anteriores, los **cambios ecológicos antropogénicos planificados** son debidos a la acción del hombre, como por ejemplo el caso de los cambios de los cursos de los ríos como consecuencia de la construcción de presas, o el supuesto de desmonte de bosques y la explotación de yacimientos de minerales y crudo; sin embargo estos cambios consistentes en la extracción de materias primas son permitidos por las ventajas económicas que reportan, a pesar de los daños al medio ambiente que pueden ocasionar.

Esta situación vino a regularse por el Derecho Internacional a través de la ENMOD que vino a prohibir los cambios intencionados del medio ambiente como táctica de guerra; lo que sin embargo, no supone que la utilización de la técnica más adecuada evite necesariamente tales cambios ecológicos disminuyendo el riesgo.

Por lo que respecta a los cambios ecológicos antropogénicos no planificados o indeseados, se trata de efectos secundarios responsables del cambio climático global derivados de la utilización de recursos naturales.

Se ha producido un fenómeno de desertificación que ha dado lugar a la degradación cada vez mayor del suelo lo que a su vez ha ocasionado un empeoramiento en la seguridad de la alimentación por la pérdida de superficies cultivables, un cambio en la configuración de los circuitos de agua por la desaparición de las capacidades de almacenamiento de agua, lo que ha derivado en una reducción de la biodiversidad. Este tipo de cambios ecológicos también puede deberse a catástrofes técnicas, especialmente consecuencia de la utilización de la energía nuclear.

De lo anterior se deduce que los cambios ecológicos producen riesgos, pudiendo distinguir los distintos efectos que los cambios del medio ambiente producen sobre los conflictos y el desarrollo de los mismos en función de los distintos tipos de conflictos.

Podemos diferenciar entre conflictos por los recursos, conflictos de migración y otros tipos relevantes de conflictos.

- Conflictos por los recursos.

Puede ocasionarse un problema derivado del reparto de los recursos cuando la cantidad disponible de los recursos a repartir es inferior a la reclamada por los consumidores, o la cantidad de los recursos es insuficiente debido a una excesiva explotación, o bien a un reparto desigual de los recursos o dado que se trata de recursos

insustituibles por otros, de manera que no existen recursos alternativos para satisfacer las mismas necesidades. Los principales problemas de reparto de recursos se encuentran en relación con los bienes vitales, tales como el agua, el aire y el suelo fértil.

Los conflictos en relación con los recursos pueden ser ocasionados no solamente por la escasez cuantitativa de los mismos, sino también por su degradación cualitativa, lo que implica que la contaminación medioambiental puede provocar problemas de salud en la población; así se estima que unos 1.100 millones de personas no tienen acceso a agua potable, unos 2.400 millones no pueden acudir a instalaciones sanitarias adecuadas y prácticamente la mitad de la población mundial padece enfermedades relacionadas con el agua.⁷

La globalización es un fenómeno que contribuye a la aparición de conflictos, ya que cada vez existen más personas con más necesidades, y además con la intención de mejorar su calidad de vida.

Los conflictos ocasionados en relación con los recursos no sólo surgen por la escasez de los mismos, posibilidad que ya he señalado anteriormente, sino que además pueden derivarse de la posibilidad de utilizar nuevos recursos disponibles como consecuencia de cambios ecológicos, supuesto que ha sido reconocido en el ámbito militar.

A lo anterior añado el caso de conflictos provocados por el medio ambiente como consecuencia de la escasez de recursos renovables incluido el suelo.⁸

- Conflictos de migración.

La migración puede definirse como «el traslado geográfico de personas que recorren cierta distancia mínima y por un periodo mínimo para la constitución de un lugar de domicilio nuevo y permanente o transitorio.»⁹

Los focos de migración (las ciudades) reciben a un elevado número de personas (se trata principalmente de población rural), lo que propicia conflictos relativos al reparto y abastecimiento de distintos recursos, tales como el agua, los productos alimenticios, los recursos sanitarios, y plantea problemas relativos a la protección del medio ambiente.

La migración ha sido más frecuente en los últimos tiempos debido a cambios ecológicos, como catástrofes naturales, la desertificación, las inundaciones, y otros, que han dificultado las condiciones de vida en determinadas zonas.

A los afectados por la migración se les puede calificar como

Personas que abandonan transitoria o permanentemente su entorno habitual por un empeoramiento agudo de las condiciones medioambientales. Tales destruccio-

⁷ Organización Mundial de la Salud y el Fondo Internacional para la Ayuda a la Infancia (2000). Informe sobre distribución y eliminación de aguas. <http://www.smac.es>. 20 junio 2010. 10:00 hs.

⁸ «Cambios ecológicos en el contexto ampliado de seguridad» (octubre, 2009). Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional, pág. 32. <http://www.ceseden.es>.

⁹ Berlin-Institut für Bevölkerung und Entwicklung. http://www.berlin-institut.org/online_handbuchdemografie/glosar.html. 21 junio 2010. 12:00 horas.

nes pueden ser desencadenadas más por factores naturales –por lo general climáticos, de espacios naturales– que por intervenciones humanas en la Naturaleza.

La migración puede ser forzosa (por iniciativa del Estado) o voluntaria (a iniciativa del propio interesado), nacional o bien internacional, si bien los motivos que guían a la migración en ambos casos son esencialmente iguales.

Por último estos sujetos migrantes pueden poner en peligro la homogeneidad étnica, cultural, racial, o religiosa del Estado receptor o plantear problemas económicos, de forma que puede motivar conflictos.

- Otros tipos de conflictos.

Se trata de conflictos que surgen tanto por problemas de carácter étnico, cultural, religioso, y otros de semejante índole, como por fenómenos de estrés medioambiental.

Una vez que he expuesto las clases de conflictos he de concluir que efectivamente los cambios ecológicos contribuyen al origen y desarrollo de los conflictos, como así se ha demostrado por distintos estudios.¹⁰

Si bien ha sido discutido por los distintos autores cuál es la relación causa-efecto entre los cambios ecológicos y el conflicto, esto es, en qué medida puede afirmarse que los factores sociales, étnicos, religiosos, o de recursos disponibles provoquen por sí un conflicto.

Particularmente entiendo que se trata de un encadenamiento de diversas condiciones, tales como el crecimiento demográfico, la escasez de recursos disponibles, destrucción y alteración de medio ambiente, que si bien depende del caso concreto el hecho de que estos fenómenos provoquen por sí solos un conflicto, sí que se puede afirmar que, como mínimo, facilitan o provocan una situación de tensión que puede derivar en el conflicto.

En este sentido,

El cambio del medio ambiente tiene consecuencias sociales, económicas, políticas y demográficas que a su vez afectan la seguridad.

En definitiva, el cambio ecológico no es más que uno de los distintos factores que influyen en el desarrollo del conflicto.

En otras palabras, el Medio Ambiente *per se* no es causa de conflictos, ni constituye amenaza alguna para la seguridad internacional.

El factor desencadenante de los posibles conflictos es la denominada «presión medioambiental», concepto que incluye tanto la degradación del Medio Ambiente, por cambios naturales como inducidos por el hombre, señalados anteriormente (por ejemplo la escasez o la mala administración de los recursos renovables, tales como el agua, el aire, el suelo...).

La relación entre presión medioambiental y conflictos se caracteriza por la multicausalidad. Si bien no puede generalizarse la condición necesaria para que surjan

¹⁰ HOMER-DIXON, T. (1991). «On the threshold: Environmental changes as causes of acute conflict in Peace and Conflict Studies Program», *International Security*, volume 16, número 2. University of Toronto, págs. 76 ss.

conflictos, es posible afirmar que la presencia de otros factores acrecienta o disminuye la probabilidad de la aparición de crisis de diferente intensidad. A mayor número de factores negativos, mayor probabilidad habrá de que la presión medioambiental sea causa de los diversos conflictos.

Por todo ello el objetivo de la política de defensa actual es evitar el conflicto, y la respuesta a cómo hacerlo es, mediante una técnica de identificación y observancia de los factores más relevantes, en correlación con el concepto de seguridad cooperativa de la OTAN, tratando de evitar las soluciones militares.

De lo que se deduce que como no son previsibles los efectos de los cambios ecológicos, así como tampoco se pueden concretar anticipadamente los conflictos inducidos ecológicamente, los estudios científicos deben procurar el análisis de los factores concurrentes para la creación y definición de los modelos de previsión para estos conflictos derivados de los cambios medioambientales; a través de estos análisis se conseguiría la obtención de una previa información para la identificación de los progresivos cambios ecológicos y las posibilidades de catástrofes naturales y por ende prevenir los conflictos que pudieran derivarse.

Este objetivo puede conseguirse a través de una política eficaz de desarrollo sostenible para permitir la plena eficiencia de las capacidades de los Estados con difíciles condiciones políticas, económicas, culturales o de semejante índole y alcanzar así el control de los riesgos medioambientales.

Y desde la perspectiva internacional este fin se conseguirá a través de una política de coordinación y de integración, si bien esta política internacional sólo produciría sus efectos deseados en la práctica si los Estados industrializados la aplican en su respectivo ámbito nacional y a través de una política de cesión de competencias propias.

En definitiva, la amenaza sobre el medio ambiente es un hecho hoy en día. Los cambios ecológicos se producen en la realidad y pueden dar lugar a zonas desfavorables, espacialmente en el ámbito de países menos desarrollados.¹¹

La Unión Europea no ha sido ajena a esta materia de correlación entre el medio ambiente y la seguridad, como ejemplo destaca la resolución del Parlamento Europeo, de enero de 1999 ¹², donde se destaca la necesidad de integrar los aspectos de Medio Ambiente y seguridad, y se solicita a la Comisión que presente al Consejo y al Parlamento una propuesta de estrategia común, según lo previsto por el Tratado de Ámsterdam, que junto con el de Maastricht, integraron completamente la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) con el resto de las políticas de la Unión.

Ese mismo año, entre las conclusiones del Consejo de la Unión Europea de Helsinki se acordó la necesidad de asumir responsabilidades en el dominio de la prevención de conflictos y gestión de crisis de cualquier tipo.

¹¹ Aludir a la capacidad del Comité de Seguridad de las Naciones Unidas de intervenir ante situaciones de destrucción del medio ambiente y de graves violaciones del Derecho internacional en materia medioambiental, pudiendo adoptar medidas de carácter coercitivo para los Estados responsables.

¹² Resolution on the Environment. Security and Foreign Policy. http://en.wikipedia.org/wiki/common_Foreign_and_Security_Policy. 23 junio 2010. 09:00 horas.

En este sentido la Unión Europea y la Agencia Europea del Espacio han puesto en marcha una iniciativa denominada GMES¹³, para explotar de forma eficaz todo el potencial presente y futuro de los distintos programas y sistemas europeos de observación de la Tierra por medio de satélites y así poder hacer frente a las diferentes necesidades de los usuarios finales, en el dominio del Medio Ambiente y la seguridad. Se pretende con esta iniciativa establecer un marco común para actividades en el ámbito de la seguridad y de la protección del medio ambiente, con el fin de garantizar información útil relacionada con el medio ambiente, gestión de los riesgos y de los recursos naturales.

Este sistema de información consiste en una observación de origen espacial simplemente por el hecho de que da mejor respuesta a las necesidades planteadas, sin perjuicio de que existan otros sistemas compatibles de información. El 20 de julio de 2001 fue creado el Centro de Satélites de la Unión Europea en aras de una eficaz aplicación del GMES, por una acción común del Consejo de la Unión Europea, en el marco de la PESC, especialmente en lo relativo a cuestiones de seguridad. Este Centro se encuentra supervisado políticamente por el Comité Político y de Seguridad de la Unión Europea.

El CSUE tiene como misión, en el ámbito de la vigilancia medioambiental, realizar un análisis de los fenómenos que pueden tener un efecto en el medio ambiente afectando a la seguridad regional, es decir, terremotos, inundaciones, incendios forestales, etc.; así como también lleva a cabo un control de las actividades que pueden implicar un riesgo para la protección del medio ambiente.

El trabajo desarrollado por el Centro de Satélites de la Unión Europea es fundamental a efectos de formular las políticas en el ámbito europeo.

De todo lo anterior extraigo la conclusión de que cada vez más, la preocupación por el medio ambiente es una realidad no sólo en el ámbito civil, sino además en el desarrollo de las operaciones militares, entendiendo que el futuro del planeta y de todos nosotros y de las generaciones venideras depende de conseguir un medio ambiente adecuado que permita el equilibrio ecológico.

Lo que esto supone es que las actuaciones de la sociedad deben ser respetuosas con el medio ambiente, especialmente aquellas que puedan afectar agresivamente al medio ambiente, y fundamentalmente me refiero a las operaciones militares que tienen la naturaleza como escenario de desarrollo de sus actividades.

En esta línea los países buscan un ámbito de actuación común, como lo puso de manifiesto la Cumbre de Johannesburg¹⁴, requiriéndose la cooperación para conseguir el equilibrio del ecosistema.

Sin embargo, la Unión Europea ha sido aún más exigente, ya que en relación con la Cumbre de Johannesburg, los países de la Unión Europea han sido muy restrictivos haciendo una Declaración Conjunta.¹⁵

¹³ *Global Monitoring for Environment and Security*.

¹⁴ Septiembre 2002.

¹⁵ Denominada: «Un paso adelante en energías renovables».

Antes de pasar a analizar las actuaciones institucionales en materia de medio ambiente por parte del Ministerio de Defensa, voy a detenerme en los conflictos que pueden provocarse por cuestiones relacionadas con los recursos hídricos.

El mundo es consciente de los problemas relativos al acceso al agua de suficiente cantidad y calidad y de los riesgos que pueden producirse por la escasez derivada del consumo excesivo. Esta cuestión pasó a ser una preocupación política internacional a partir de la Conferencia del Mar de Plata, organizada por Naciones Unidas en Argentina en 1977.

El problema en la actualidad, aunque pudiera parecer arcaico, es que millones de personas en todo el mundo sufren las consecuencias de la escasez de agua potable. Se trata aquí, por tanto, de garantizar que el acceso al agua sea un derecho universal.

En este sentido, las actuaciones de Naciones Unidas se definen en tres áreas fundamentales: la paz y la seguridad, el desarrollo, y los derechos humanos y la democracia. Se han asumido unos valores comunes tales como la libertad, la igualdad, la solidaridad, la tolerancia, el respeto por la naturaleza y la responsabilidad compartida.

El agotamiento de los recursos puede dar lugar a conflictos; y centrándonos en el agua, se producen tensiones en relación a este recurso sobre todo en la zona de Oriente Medio, donde el agua se considera un recurso «estratégico». Estas tensiones han surgido por cuestiones relativas al uso, la propiedad y los derechos sobre el agua.

Los problemas proceden fundamentalmente de la escasez del recurso, que se debe al aumento de la población y por tanto el incremento de consumo de agua, y del deterioro de su calidad, debido al excesivo uso de fertilizantes y pesticidas químicos. También afectan aspectos históricos, económicos, sociales y culturales.

Los problemas se incrementan por la falta de regulación.

Así existen cuatro teorías diferentes respecto de la soberanía sobre los ríos internacionales:

- Soberanía absoluta por parte del Estado, que puede hacer uso indiscriminado del agua, incluso en perjuicio de otros Estados ribereños;
- Integridad territorial absoluta, es decir, un uso que no implique un perjuicio para los otros Estados;
- Soberanía territorial limitada: es el resultado de la combinación de las dos teorías anteriores con un criterio de equidad para todas las partes;
- O bien un sistema de gestión integrada, es decir de comunidad por parte de los Estados ribereños.

En mi opinión lo correcto sería seguir la segunda teoría, en virtud de la cual el Estado en cuestión tendría preferencia para satisfacer sus necesidades pero siempre que ello no implique un perjuicio para los demás Estados.

Los problemas derivados de la escasez y la contaminación del agua pueden surgir a nivel local y sin embargo llegar a tener repercusiones a nivel mundial. Respecto de los planeamientos de suministro de agua a largo plazo debe tener en cuenta los efectos que pudiera ocasionar el cambio climático (alteración de lluvias, evaporación...).

Los problemas relacionados con la escasez del agua darían lugar a ciertas consecuencias, como la importación de ciertos alimentos, con la dificultad que implica la financiación de esas importaciones; y la importante consecuencia de la competencia por el agua entre poblaciones rurales y urbanas, entre la agricultura y sectores domésticos y entre distintos países. Estas consecuencias podrían sin embargo resolverse mediante acuerdos de cooperación y a través de técnicas de inversión.

Así, el agua es una preocupación de naturaleza internacional; podría incluso ser un factor desencadenante de conflictos internacionales (como ya lo ha sido en otros momentos de la Historia).

*Si hay una voluntad política para la paz, el agua no será un obstáculo. Pero si se buscan razones para pelear, el agua brindará abundantes oportunidades.*¹⁶

Por lo que respecta a las **actuaciones institucionales** en materia de medio ambiente, parto de la base de que estas actuaciones surgen por las continuas reclamaciones de los ciudadanos a sus gobiernos, solicitando la adopción de unas medidas que en lo posible detengan el deterioro de la Naturaleza, evitando la tendencia a una Naturaleza cada vez menos favorable para los hombres y además para las distintas especies vegetales y animales que habitan en el Planeta.

El inicio de las actuaciones institucionales en el ámbito internacional vino marcado por la Conferencia Mundial sobre el Medio Ambiente en Estocolmo en el año 1972, que dio lugar a la creación de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo. Esta Comisión analizó el medio ambiente desde el punto de vista del desarrollo. Fue en 1987 cuando la doctora Gro Harlem Brundtland, como presidenta de la Comisión, definió un nuevo concepto, el **desarrollo sostenible**, a través de un Informe remitido a las Naciones Unidas. El desarrollo sostenible es aquel que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las propias. Informe «Nuestro Futuro Común».

Sobre la base de este Informe se celebraron reuniones de la UNCED¹⁷, con el fin de establecer medidas encaminadas a combatir la degradación medioambiental, dentro de un marco de desarrollo sostenido observador del medio ambiente.

Se trataba en definitiva de adoptar una serie de medidas que permitieran compatibilizar el progreso social, industrial y tecnológico con la protección y el respeto al medio ambiente.

Esta preocupación por el medio ambiente, a nivel institucional, también se ha percibido en el ámbito comunitario a través de un Programa Comunitario de Protección, que la Comisión Europea remitió al Consejo de Ministros, y que fue aprobado en 1973. El estudio del medio ambiente fue más amplio con un nuevo programa aprobado en 1977 y después por Programas posteriores.¹⁸

¹⁶ Uri Shamir, profesor de hidrología, miembro del equipo negociador de Israel en el proceso de paz de Oriente Medio.

SHAMIR, U. (2003). «Symmary of the Symposium and Future Perspective. Technion Haifa and Heinz Hötzl-Universität, pág. 48 y ss.

¹⁷ Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo.

¹⁸ Actualmente está en vigor el VI Programa Comunitario de Acción en Materia de Medio Ambiente titulado *Medio Ambiente 2010: el futuro está en nuestras manos*.

Con este interés por el Medio ambiente a nivel institucional se ha pretendido crear en la Sociedad la conciencia de que cuando la degradación de la Naturaleza sobrepasa ciertos límites, la restauración y regeneración resulta extraordinariamente difícil. Para evitar esta situación debe tenderse al **ecodesarrollo**, esto es, un desarrollo medioambiental sano, que sea posible económicamente y justo socialmente.

En este espíritu de concienciación por la protección del medio ambiente ha participado el Ministerio de Defensa, consciente de la importante labor que desempeña en la Sociedad el personal y el material de las Fuerzas Armadas, por ello ha asumido competencia para adoptar medidas tendentes a la protección de la Naturaleza. En cambio, la preocupación por el medio ambiente no ha quedado relegada al ámbito institucional, sino que además es un objetivo del Ministerio de Defensa, el crear una conciencia ambiental a nivel individual, en cada uno de los miembros de los Ejércitos. Por ello es fundamental la función del Ministerio de Defensa en materia de concienciación ambiental.

En esta línea el Ministerio de Defensa ha asumido una serie de competencias recogidas en el Real Decreto 1126/2008, de 4 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa¹⁹.

Específicamente se le atribuyen las siguientes competencias:

- La elaboración de los estudios necesarios conducentes a la definición de la política medioambiental del Departamento;
- Mantener relaciones con organismos internacionales en materia de medio ambiente;
- La realización de estudios, inspecciones, dictámenes, informes y proyectos de cualquier tipo en materia de medio ambiente;
- La colaboración y coordinación, en materia de formulación y ejecución de la política del medio ambiente del Estado, con el Ministerio de Medio Ambiente y otros organismos correspondientes;
- Y la elaboración y proposición de la correspondiente normativa.

La Directiva Ministerial del Ministerio de Defensa, sobre Política Medioambiental del Ministerio de Defensa 107 de 2 de junio de 1997 introdujo un criterio que marcará la política medioambiental del Ministerio de Defensa, cual es el concepto de desarrollo sostenible, del que ya he hablado anteriormente, que debe compatibilizarse con la actuación de las Fuerzas Armadas, y alcanzar así los objetivos marcados en materia de conservación, protección y cuando sea posible, en la recuperación de las condiciones medioambientales.

Señala la Directiva

...se establecerá un Sistema de Gestión Medioambiental uniforme a todos los niveles del Departamento, basado en los principios de la ISO 14000²⁰, que asegurará la continua revisión y control de los efectos sobre el medio ambiente, de una forma simple, clara y efectiva.

En materia de organización y sobre las responsabilidades

¹⁹ Deroga el Real Decreto 1551/2004, de 25 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa.

²⁰ Tener en cuenta cambios por ISO 14001.

En cada Ejército, teniendo en cuenta sus peculiaridades, se creará una estructura organizativa que permita la consecución de los objetivos establecidos. Esta estructura descenderá en los componentes de la fuerza y del apoyo a la fuerza al nivel mínimo necesario en función del grado de incidencia en el impacto ambiental, en cuyo nivel comienza la cadena de responsabilidad en el ámbito medioambiental.

La política de medio ambiente de Defensa se concreta en el Plan General de Medio Ambiente, que recoge los objetivos que se pretenden conseguir, la planificación de los recursos a medio plazo y la previsión de planes a largo plazo.

El Plan General de Medio Ambiente del Ministerio de Defensa consta de un Plan a Largo Plazo –15 años–, que contiene otro Plan a Medio Plazo –6 años–, a fin de concretar la política medioambiental de Defensa.

Los objetivos del Plan General de Medio Ambiente son los siguientes:

- La concienciación;
- El ahorro energético y el fomento del uso de energías alternativas;
- La protección del medio natural;
- La mejora de la calidad ambiental;
- Y los Sistemas de Gestión Ambiental.

1. Concienciación.

Tiene como objetivo crear una conciencia interna y externa, individual y colectiva de las Fuerzas Armadas en materia de protección del medio ambiente, a través de programas de formación, información y divulgación.

2. Ahorro energético y fomento del uso de energías alternativas.

El objetivo que se persigue en este ámbito es la eficiencia en el consumo de los recursos naturales a través de la utilización de energías renovables.

3. Protección del Medio Natural.

Se trata de la acción agroforestal del Ministerio para prevenir el deterioro del medio natural y conseguir su recuperación en los casos en que sea posible, entre estas actuaciones me llaman la atención las destinadas a la defensa y la mejora de poblaciones autóctonas de flora y fauna.

4. Mejora de la calidad ambiental.

Supone una tendencia a minimizar los daños que la actuación de las Fuerzas Armadas pueda ocasionar al Medio Natural.

5. Sistemas de Gestión Medioambiental (SGA).

Estos Sistemas introducen consideraciones medioambientales en una organización con actividades de naturaleza no ambiental.

El concepto de SGA fue analizado con profundidad en la pregunta sobre el derecho al medio ambiente (Capítulo IV); ahora bien, sobre el área militar, los aspectos básicos de un SGA son los siguientes:

- La política ambiental debe ser compatible con la misión de las Fuerzas Armadas y los objetivos propuestos, marcando un compromiso de actuación destinado a la prevención de la contaminación y cumplimiento de la legislación vigente en la materia, así como su mejora;
- Planificación para el cumplimiento y desarrollo de la política diseñada, en concreto debe contener:
 - Una revisión inicial con la identificación de los aspectos medioambientales y evaluación de los impactos asociados y los consumos de los recursos empleados (consultoría),
 - El establecimiento de unos procedimientos que permitan el tratamiento de aspectos legales de carácter medioambiental que sean aplicables,
 - Definición, por unos niveles de actuación y función, de los objetivos generales y específicos a conseguir,
 - Una programación para la consecución de dichos objetivos en la que se incluyan responsabilidades, medios a disponer y calendario de realización de actuaciones tendentes a la consecución de los correspondientes objetivos.
- El desarrollo de las capacidades y los mecanismos de apoyo necesarios para la consecución de los objetivos fijados, que incluye la definición y el establecimiento de una estructura organizativa, con la asignación de misiones, responsabilidades, medios técnicos y financieros, y el establecimiento de unos procedimientos que permitan asegurar la instrucción y el adiestramiento de personal, de valoración de la incidencia de actividades y los impactos medioambientales, la difusión de información interna y externa, el control de actividades y la documentación y el alistamiento en caso de emergencia.
- El establecimiento de un sistema de evaluación y medidas preventivas y correctivas, que permitan determinar la viabilidad del sistema y el grado de cumplimiento de la planificación efectuada, mediante la ejecución de inspecciones y auditorías tanto propias como externas a petición de los organismos responsables, y que ha de contar con un registro de la información, de las actividades, de los procedimientos, de los adiestramientos, de los resultados de las auditorías y de las revisiones (auditoría).

Otra de las cuestiones por la que el Ministerio ha mostrado su preocupación en materia medioambiental ha sido la relativa al *mantenimiento de los ecosistemas* debido a las grandes extensiones de terreno rústico utilizadas por las Fuerzas Armadas para la realización de sus actividades; me refiero a campos de tiro o de maniobras, ya que se trata de espacios alejados de los cascos urbanos y en algunos casos con una gran riqueza de flora y fauna de especies endémicas.

Las medidas que se adoptan en estas zonas están destinadas básicamente a la prevención de incendios forestales así como la fijación de rutas o senderos por las que obligatoriamente deben circular los vehículos militares.

Las actividades que se realizan en estos campos de maniobras o de tiro producen efectos en el medio ambiente, si bien es cierto que no son tan agresivas para la Naturaleza como pueden ser otras; esto es debido a las circunstancias en las que se desarrollan, ya que las especies animales y vegetales de estas zonas se encuentran en

mejores condiciones de supervivencia que en otros hábitats, por la especial protección de que gozan estas instalaciones militares. Lo realmente importante es que el Ministerio adopta las medidas preventivas y correctivas necesarias.

Sorprende además el dato constatado de que las zonas utilizadas para el ejercicio de actividades militares, lejos de lo que pueda pensarse, no son zonas excesivamente dañadas a nivel medioambiental; esto se debe a que el acceso a estas zonas es restringido, evitando así un mayor deterioro.

Existen zonas con importante valor ecológico propiedad del Ministerio de Defensa y en donde no se desarrollan actividades militares, sino que únicamente representan una manifestación del mantenimiento de la soberanía nacional en el territorio.

Por último, no puedo finalizar esta cuestión sobre el mantenimiento de los ecosistemas sin hacer referencia a la preocupación por la conservación del patrimonio arqueológico en los yacimientos existentes en los campos de maniobras.²¹

En este análisis de las actuaciones institucionales en materia de medio ambiente considero fundamental hacer referencia a la Orden de 21 de enero de 2000 por la que se establece un régimen de colaboración entre el Ministerio de Medio Ambiente y el Ministerio de Defensa en materia de conservación, restauración y mejora del medio ambiente y los recursos naturales.

Señala esta Orden la importancia de que el Ministerio de Defensa y el Ministerio de Medio Ambiente, «establezcan los mecanismos precisos para seguir colaborando, en el ámbito de sus respectivas competencias, en la realización de actividades relacionadas con sus intereses comunes.»

Con ello, el objetivo de la Orden es establecer el marco de colaboración entre ambos Ministerios en materia de conservación, restauración y mejora del medio ambiente y los recursos naturales.

Esta colaboración se realizará a través de Convenios de colaboración respecto de unos determinados aspectos, como son:

- La protección, la mejora la conservación y la utilización racional de los recursos naturales y de la biodiversidad, en terrenos e instalaciones militares, así como la protección y reconstrucción de los espacios naturales.
- Gestión, en los terrenos e instalaciones militares, de los efluentes líquidos, gaseosos y residuos, así como la adopción de medidas anticontaminantes.
- Formación, adiestramiento técnico y perfeccionamiento del personal de las Fuerzas Armadas en materia de medio ambiente.
- Prevención y lucha contra los incendios forestales.
- Asesoramiento para el cumplimiento de los compromisos derivados de los acuerdos internacionales en materia de protección del medio ambiente.

La Orden de 21 de enero de 2000 creó una Comisión Paritaria copresidida por el Subdirector General de Planificación y Control y por el Jefe del Gabinete del Secretario

²¹ Es el caso de Atapuerca (campo de maniobras de «Matagrande», el «Teleno» en León, el de la Armada en Sierra del Retín y el del «Palancar» en Hoyo de Manzanares.

General de Medio Ambiente; y como miembros vocales, el Jefe de Área de Medio Ambiente y Jefe de Área de Planeamiento (por el Ministerio de Defensa), y por un Jefe de Área de la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental, un Jefe de Área de la Dirección General de Conservación de la Naturaleza y por un Secretario, nombrado por los copresidentes de forma rotativa entre los Vocales por un período de un año.

La Comisión Paritaria tendría como funciones fundamentales la de definir las actuaciones de colaboración de interés conjunto y proponer los correspondientes Convenios específicos de colaboración.

Como muestra de esta colaboración destaco dos importantes Convenios; Convenio de colaboración entre el Ministerio de Medio Ambiente y el Ministerio de Defensa para la conservación del medio natural y la gestión de recursos naturales en las instalaciones militares y el Convenio específico de colaboración entre el Ministerio de Medio Ambiente y el Ministerio de Defensa en materia de calidad y evaluación ambiental en las instalaciones militares, ambos de 15 de febrero de 2001.

El primero de ellos manifiesta que al crearse el Ministerio de Medio Ambiente y al asumir el Ministerio de Defensa competencia en materia medioambiental se hizo necesaria una mayor colaboración entre ambos, que con anterioridad únicamente existía en materia de temas de política forestal por el Real Decreto 2265/1982, de 27 de agosto, sobre colaboración en materia de medio ambiente del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, a través del Instituto Nacional para la Conservación de la Naturaleza, con el Ministerio de Defensa.

Por ello se promulgó el Real Decreto 1645/1999, de 22 de octubre, por el que se deroga el RD 2265/1982, de 27 de agosto, sobre colaboración del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación con el Ministerio de Defensa en lo relativo al Medio Ambiente, y en cumplimiento de su Disposición Final Primera se procedió a publicar la Orden, antes señalada, de 21 de enero de 2000, en cuya virtud se amplió el ámbito de colaboración entre ambos Ministerios, añadiendo a la competencia sobre materia de política forestal y lucha contra incendios forestales, la de calidad y evaluación ambiental y formación del personal.

En este Convenio se fijan las bases de colaboración entre ambos Ministerios sobre terrenos forestales adscritos al Ministerio de Defensa en las siguientes materias:

- *Gestión sostenible de los recursos naturales y de la biodiversidad existente en los terrenos e instalaciones militares.*
- *Ejecución de los trabajos y adopción de las medidas necesarias para la conservación, restauración y mejora de las formaciones vegetales y biotipos que dichos terrenos sustentan, dotándolos asimismo de las infraestructuras necesarias para el mejor cumplimiento de aquellos objetivos.*
- *Asesoramiento en la determinación, valoración, adquisición o adscripción que haya de promoverse, en su caso, de los terrenos necesarios para las actividades de la defensa, sin perjuicio de las atribuciones que tiene asignadas el Ministerio de Hacienda y el Patrimonio del Estado.*
- *Realización de plantaciones ornamentales en los terrenos e instalaciones militares con fines de mejora paisajística por su situación en zonas próximas a asentamientos turísticos o de gran impacto visual, o para mejorar las condi-*

ciones del entorno y exteriores de las zonas de acuartelamiento y de residencia de los mandos de dichas instalaciones.

- *Trabajos de inventariación, ordenación y tratamiento de las masas forestales.*
- *Asesoramiento en el cumplimiento de los compromisos derivados de los acuerdos internacionales en materia de protección del medio natural.*²²

Por último el Convenio establece que ambos Ministerios cooperarán en la ejecución de proyectos ambientales de interés común.

El segundo Convenio que antes he mencionado (el de colaboración entre el Ministerio de Medio Ambiente y el Ministerio de Defensa en materia de calidad y evaluación ambiental en las instalaciones militares), al igual que el anterior estableció las bases de colaboración, pero en este caso en materia de:

- «Gestión, en los terrenos e instalaciones militares, de los efluentes líquidos, gaseosos y residuos, así como la adopción de medidas anticontaminantes.
- Formación, adiestramiento técnico y perfeccionamiento del personal de las Fuerzas Armadas en materia de medio ambiente.
- Asesoramiento en el cumplimiento de los compromisos derivados de los acuerdos internacionales en materia de protección del medio ambiente.»

Hasta el momento he venido analizando cómo el ejercicio del derecho de defensa, que puede dar lugar a los conflictos armados, tiene inevitables repercusiones en el medio ambiente, ya que el medio natural es el espacio físico en el que se desarrolla el conflicto, y por otro lado, el medio ambiente puede suponer un límite al ejercicio del derecho de defensa.

²² Además el Convenio marca unas líneas de actuación, éstas son:

1. *Los estudios y trabajos previos, auxiliares y complementarios necesarios para el desarrollo y buen fin de las acciones citadas, incluyendo el asesoramiento en el seguimiento de los Sistemas de Gestión sostenible de los recursos naturales.*
2. *Gestión sostenible de los recursos naturales entendiendo por gestión sostenible las acciones tendentes a su protección, conservación, mejora, puesta en valor y administración de los terrenos forestales, de forma que permanezcan en el espacio y en el tiempo.*
3. *Repoblación de los terrenos desprovistos de vegetación con el fin de defenderlos contra la erosión, con fines ornamentales de mejora del paisaje, o con fines productivos.*
4. *Realización de los trabajos selvícolas necesarios para mantener en un buen estado vegetativo y sanitario las masas tanto naturales como creadas artificialmente mediante: desbroces, binas, claros, claras, podas y demás labores forestales.*
5. *Creación en los alrededores de los acuartelamientos y residencias del personal militar destacado en las bases militares, de las zonas verdes adecuadas para un entorno saludable.*
6. *Adopción de las medidas precisas para evitar la producción y propagación de plagas tanto en la flora como en la fauna.*
7. *Realizar los Proyectos y los Planes de Ordenación de aquellas masas forestales que por su extensión e importancia es necesario controlar.*
8. *Realizar los estudios precisos para proteger la fauna, y formalizar planes cinegéticos que la controlen.*
9. *Programas de formación en las materias arriba indicadas para impartir entre las Fuerzas Armadas.*
10. *El cumplimiento de los Convenios Internacionales en materia de protección del medio ambiente que puedan afectar al Ministerio de Defensa.*

Además el medio ambiente puede llegar a verse afectado por la actividad humana y ese cambio global medioambiental tener repercusiones desde una **perspectiva económica**.

En este punto es fundamental hablar de las alteraciones en el clima (efecto invernadero) por influencia de las actividades humanas. Con la ratificación del Protocolo de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (UNFCC, 1977), España ha asumido el compromiso de lograr un aumento de Gases de Efecto Invernadero del 15% con respecto a los niveles del año 1990 para el periodo 2008-2012 y solidariamente contribuir a la reducción del 8% para el conjunto de la Unión Europea.

Para la consecución de estos objetivos es necesario desarrollar líneas de investigación que permitan crear y mejorar la tecnología para reducir y/o capturar estas emisiones.

El Protocolo de Kioto²³ en su Artículo segundo establece una serie de medidas para promover el desarrollo sostenible y facilitar el cumplimiento del objetivo de limitación y reducción de emisiones, en este sentido dice

Investigación, promoción, desarrollo y aumento del uso de las formas nuevas y renovables de energía, tecnologías de secuestro del dióxido de carbono y tecnologías avanzadas y novedosas que sean ecológicamente racionales.

Otro de los efectos del cambio climático ha sido la influencia en las temperaturas; la temperatura anual en Europa se ha incrementado entre los 0,3°C y 0,6°C desde el año 90, el nivel del mar ha crecido entre 10 y 25 centímetros en los últimos cien años y se ha reducido la superficie de los hielos continentales y oceánicos²⁴.

No puedo analizar esta cuestión sin hacer referencia al problema relacionado con el agua dulce, dado que el problema se produce cuando la demanda es superior a la oferta, incrementado por el hecho de que por sus condiciones, España, es un país especialmente sensible a efectos como los ciclos de sequía o la integridad de las costas.

Los problemas que se pueden plantear son los siguientes, cómo llegar a compatibilizar el desarrollo económico de los países subdesarrollados con la tendencia de incremento de consumo de recursos energéticos no renovables por parte de los países más desarrollados; y cómo afectaría el deseado desarrollo económico en los países con la máxima capacidad productiva de recursos energéticos que, sin embargo ellos no consumen.

Centrándome en la conexión entre en el aumento de consumo de energía y la perspectiva económica, según las previsiones de la Agencia Internacional de la Energía²⁵, entre los años 2003 y 2030, ese consumo crecerá en un 60%, considerando que

²³ El Protocolo de Kioto entró en vigor en febrero de 2005, 90 días después de haber sido ratificado por al menos 55 Estados Partes de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, siempre que entre los mismos se incluyan países desarrollados cuyas emisiones totales sumen por lo menos el 55% de las emisiones de dióxido de carbono en el año 90.

²⁴ Según la Agencia Internacional de la Energía (AIE) y la Agencia Europea del Medio Ambiente (AEMA); Informe Dobris «Medio Ambiente en Europa».

²⁵ En adelante AIE.

el aumento del Producto Interior Bruto y la riqueza llevarán consigo un incremento en el uso de la energía.

Así la AIE prevé un aumento anual de demanda de energía del 1,7%, con preferencia de algunas fuentes, como el petróleo (con una subida del 1,6% anual), el gas (con un aumento del 2,3%) y el carbón (sobre el 1,5%), con una menor importancia de la energía nuclear y la hidroeléctrica.

La consecuencia puede ser llamativa, pues los países en desarrollo pasarán a representar el 48% del consumo de energía en el año 2030, superando el porcentaje de consumo de los países desarrollados; pasando a ser responsable de los países en desarrollo prácticamente el 70% de las emisiones de dióxido de carbono.

El objetivo es reducir las emisiones de dióxido de carbono y para ello se trata de potenciar la eficiencia energética, mayor uso de las fuentes renovables y difundir el uso de nuevas tecnologías limpias, gestionándolas de manera que se satisfagan de forma segura y respetuosa con el medio ambiente las necesidades de uso de energía.

Por último, voy a centrar mi atención en la relación **salud-medio ambiente** en el ámbito de Defensa.

Respecto de las bajas que se producen en los conflictos armados, como demuestra la Historia Bélica, prácticamente un 80% de ellas se deben a enfermedades ajenas al combate, y tan sólo, en torno al 20% son bajas «de combate».

Por ello, desde la perspectiva militar, respecto de los riesgos ambientales se trata de:

- Informar sobre los posibles riesgos medioambientales,
- Disponer medios de protección,
- Prever las condiciones de vida en operaciones militares,
- Adopción de métodos adecuados para minimizar los riesgos en operaciones (se trata de medidas de control e inspección de enfermedades transmitidas por agua y alimentos, control de riesgos de la fauna del lugar, prevención de daños que pueden producirse por frío o calor, o de los que pueden derivarse de la contaminación atmosférica, la contaminación acústica y las radiaciones, adopción de normas de tratamiento adecuado de residuos, prevención de los riesgos que puedan derivarse de la participación en el control de catástrofes naturales, tales como incendios, terremotos,..., el estudio de los daños que derivan de la degradación de ecosistemas y *destaco la medida de saneamiento ambiental: de las condiciones de vida y alojamiento; desarrollo de planes de higiene, saneamiento y sanidad ambiental*).

En definitiva, se trata de establecer métodos de vigilancia y control para prevenir de manera eficaz los trastornos ocasionados por alteraciones del medio ambiente.

En esta dirección trabajan de la mano el Ministerio de Defensa y las Organizaciones Militares, a través de estudios y actividades que permitan mejorar las condiciones de salud de las poblaciones.

Por último, desde la perspectiva estrictamente militar, se han dictado una serie de Directrices sobre la protección del medio ambiente en tiempo de conflicto armado para manuales y programas de instrucción militares.

Estas Directrices son un instrumento destinado a facilitar la instrucción y la formación de las Fuerzas Armadas en el ámbito de la protección del medio ambiente, es decir, se trata de un instrumento de difusión, a efectos de aumentar la sensibilización acerca del medio ambiente, incluso en periodo de conflicto armado.

Las citadas Directrices se han adoptado a partir de obligaciones jurídicas internacionales vigentes y de la práctica de los Estados respecto a la protección de la Naturaleza contra los efectos de los conflictos armados.

Para garantizar que los Estados cumplan la normativa internacional de protección del medio ambiente, los instrumentos utilizados son las leyes y las medidas de ámbito nacional.

Estas Directrices deben incluirse en los manuales y programas de instrucciones militares sobre el derecho aplicable a los conflictos armados, ya que dichas Directrices constituyen derecho internacional consuetudinario o normas convencionales vinculantes para el Estado.

Debo distinguir entre principios generales y normas concretas de protección del medio ambiente.

Sobre los *principios generales de Derecho Internacional* aplicables a los conflictos armados, tratan de proteger el medio ambiente; así, sólo los objetivos militares pueden ser objeto de ataque, y no se emplearán medios o métodos de combate que causen daños excesivos. Durante las operaciones militares, se adoptarán las precauciones que exige el Derecho Internacional.

Los acuerdos internacionales relativos al medio ambiente y las normas de derecho consuetudinario también son aplicables en tiempo de conflicto armado, siempre que no sean incompatibles con el Derecho aplicable a los conflictos armados.

La existencia de un conflicto armado no afecta a las obligaciones relativas a la protección del medio ambiente respecto de los Estados que no sean parte en el conflicto y de las zonas que queden fuera de la jurisdicción nacional, siempre que no sean incompatibles con el Derecho aplicable a los conflictos armados.

Se insta a las partes de un conflicto armado sin carácter internacional a que apliquen las normas de protección del medio ambiente que rigen durante los conflictos armados internacionales, y por tanto a que incorporen dichas normas a sus manuales de instrucción militar y en sus reglamentos sobre derecho aplicable a los conflictos armados.²⁶

²⁶ En casos que no vengán regulados por la normativa internacional, el medio ambiente quedará protegido bajo el imperio de los principios de Derecho internacional derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y los derivados de la conciencia pública.

Respecto de las *normas concretas de protección del medio ambiente*:

- La destrucción del medio ambiente no justificada por las necesidades militares constituye una violación del Derecho Internacional Humanitario que puede llegar a ser punible como una violación grave del Derecho Internacional Humanitario.
- La prohibición general de destruir bienes de carácter civil, no justificada por necesidades militares, protege el medio ambiente.
- Los Estados deben adoptar medidas de Derecho Internacional para evitar:
 - ataques con armas incendiarias contra bosques u otros tipos de cubierta vegetal, salvo cuando esos elementos naturales se utilicen para cubrir, ocultar o camuflar a combatientes u otros objetivos militares, o sean en sí mismos objetivos militares,
 - ataques contra los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los artículos alimenticios, las zonas agrícolas o las instalaciones de agua potable, cuando el objetivo sea privar de esos bienes a la población civil;
 - ataques contra obras e instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, aunque sean objetivos militares, cuando tales ataques puedan producir la liberación de fuerzas peligrosas y causar importantes pérdidas en la población civil, siempre que tales obras e instalaciones sean objeto de protección especial con arreglo al Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra;
 - ataques contra monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto que constituyan el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos.
- Prohibición de colocar de manera indiscriminada minas terrestres.²⁷
- Prohibición de emplear medios y métodos de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, o de los que quepa prever que causen tales daños, comprometiéndose así la salud o la supervivencia de la población.
- Prohibición del empleo de técnicas de modificación medioambiental que tengan efectos vastos, duraderos o graves como medios para producir destrucciones, daños o perjuicios a otro Estado parte.
- Para los Estados partes en el Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra, quedan prohibidos los ataques contra el medio ambiente natural como represalias.
- Se insta a los Estados a que concierten entre sí acuerdos para conseguir una protección adicional al medio ambiente natural en tiempo de conflicto armado.
- Se insta a las partes en un conflicto armado a que identifiquen obras o instalaciones en las que estén realizando actividades peligrosas, así como los lugares que sean indispensables para la salud humana o para el medio ambiente.

²⁷ Debe llevarse un registro de emplazamiento de todos los campos de minas que se hayan sembrado con arreglo a un plan previsto. Prohibición de colocar, sin llevar un registro, minas terrestres lanzadas a distancia que no se neutralicen automáticamente.

Como ya he señalado, el objetivo de las Directivas es difundir un sentimiento de preocupación sobre la protección del medio ambiente; así:

- Los Estados deben respetar las obligaciones impuestas por el derecho internacional aplicable a los conflictos armados, incluidas normas sobre protección del medio ambiente en tiempo de conflicto armado, artículo 1.1 del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra²⁸;
- Cuando un Estado estudie, desarrolle, adquiera o adopte una nueva arma, o nuevos medios o métodos de guerra, tendrá la obligación de determinar si el empleo estaría prohibido por las normas de Derecho Internacional aplicables, incluidas las relativas a la protección del medio ambiente en tiempo de conflicto armado, artículo 36 GPI;
- Se insta a los Estados partes en un conflicto armado a que faciliten y protejan la labor de las organizaciones que contribuyan a prevenir o reparar los daños al medio ambiente, con arreglo a acuerdos espaciales entre las partes afectadas o con la autorización de una de ellas, según el caso; lo que deberá realizarse prestando la debida atención a los intereses de seguridad de las partes afectadas, artículos 61 a 67 GPI;
- Se adoptarán medidas para poner fin a cualquier infracción de normas relativas a la protección del medio ambiente y para prevenir nuevas infracciones.

Los jefes militares deberán impedir las infracciones de dichas normas, y en su caso, reprimirlas y denunciarlas a las autoridades competentes.

En los casos graves, los infractores serán procesados judicialmente, artículos 86 y 87 GPI.

III. CONCLUSIONES

- Se puede producir una pugna de intereses en caso de conflicto armado, entre el ejercicio del derecho de defensa por un lado, en los supuestos permitidos según la normativa internacional vigente, y la protección del medio ambiente por otro.
- Así la XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Ginebra, 2007) señaló entre las mayores amenazas actuales al DIH y a los Derechos Humanos, el **deterioro ambiental y el cambio climático**.
- Existe por tanto una conexión entre el uso de la fuerza y la protección del medio ambiente, éste último como escenario en el que se desarrolla el conflicto armado y que inevitablemente se ve afectado por el desarrollo del conflicto armado en cuestión.
- Específicamente en relación con el agua, tres son los factores que pueden ocasionar una controversia, cuales son la cantidad, la calidad y la alteración; esa controversia puede ocasionar una tensión y posteriormente una situación de crisis e incluso derivar en un conflicto armado.

²⁸ En adelante GPI.

- Esta conexión entre ambos derechos se recoge normativamente en distintos Principios de la Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo de 1992. El objetivo de estas normas no es en realidad evitar daños al medio ambiente, sino indirectamente, ya que su pretensión fundamental es evitar que el medio ambiente sea utilizado como objetivo militar y evitar daños considerables sin justificación, haciendo la correspondiente ponderación de intereses, entre los que son estrictamente militares y los daños colaterales que pueden derivarse de la correspondiente operación, entre ellos daños al medio ambiente.
- Nos encontramos en una época en la que los cambios ecológicos son perceptibles, muchos de ellos derivados de la acción del hombre a lo largo de la Historia; con lo que me he planteado la cuestión de si esos cambios ecológicos contribuyen al desarrollo de los conflictos armados globales. Efectivamente, los cambios ecológicos producen riesgos, pudiendo distinguir los distintos efectos que los cambios del medio ambiente producen sobre los conflictos y el desarrollo de los mismos en función de los distintos tipos de conflictos, distinguiendo en este sentido entre conflictos por los recursos, conflictos de migración y otros tipos relevantes de conflictos.
- Debo por tanto concluir que el cambio del medio ambiente tiene consecuencias sociales, económicas, políticas y demográficas que a su vez afectan la seguridad; si bien, el medio ambiente no es causa única y suficiente para el surgimiento del conflicto armado.
- Como no son previsible los efectos de los cambios ecológicos, así como tampoco se pueden concretar anticipadamente los conflictos inducidos ecológicamente, los estudios científicos deben procurar el análisis de los factores concurrentes para la creación y definición de los modelos de previsión para estos conflictos derivados de los cambios medioambientales; a través de estos análisis se conseguiría la obtención de una previa información para la identificación de los progresivos cambios ecológicos y las posibilidades de catástrofes naturales y por ende prevenir los conflictos que pudieran derivarse.
- En cuanto a las **actuaciones institucionales** en materia de medio ambiente, estas actuaciones surgen por las continuas reclamaciones de los ciudadanos a sus gobiernos, solicitando la adopción de unas medidas que en lo posible detengan el deterioro de la Naturaleza, evitando la tendencia a una Naturaleza cada vez menos favorable para los hombres y además para las distintas especies vegetales y animales que habitan en el Planeta.
- La política medioambiental del Ministerio de Defensa viene fijada en la Directiva Ministerial 107 de 2 de junio de 1997, basándose en el concepto de desarrollo sostenible que debe compatibilizarse con la actuación de las Fuerzas Armadas, y alcanzar así los objetivos marcados en materia de conservación, protección y cuando sea posible, en la recuperación de las condiciones medioambientales.
- Por último, sobre la relación salud-medio ambiente en el ámbito de Defensa, se deben adoptar una serie de medidas tendentes a informar sobre los posibles riesgos medioambientales, disponer de los necesarios medios de

protección y adoptar métodos adecuados para minimizar los riesgos en operaciones, previendo las condiciones de vida.

- En definitiva, se trata de crear en la sociedad una **conciencia de preocupación por la protección del medio ambiente**. Por ello, los Estados deben respetar el Derecho internacional en materia de protección del medio ambiente y adoptar las medidas pertinentes para poner fin a cualquier infracción de normas relativas a la protección

IV. BIBLIOGRAFÍA CITADA Y COMPLEMENTARIA

- Alfonso Ceballos-Escalera Gila, Isidoro Anadón Fernández, Carmen Casal Fornos y Antonio Magariños Compaired, Antonio Serrano Vinué, Luis Francisco Cercós García, Ángel Aguilera Martínez. «Documentos de seguridad y defensa. Fuerzas Armadas y Medio Ambiente». Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional. Octubre 2007.
- BASTIAN, Till: Naturzerstörung: Die Quelle der künftigen Kriege, IPPNW (Internationale Ärzte für die Verhütung des Atomkrieges), p.7, Wissenschaftliche Reihe Band 1, 1991.
- Boletín Económico de ICE N° 2630. «La industria española de defensa». José Luis Lancho De León.
- Convención IV de La Haya.
- Convención sobre prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros hostiles, de 1976.
- Convención sobre Prohibición de Utilizar Técnicas de modificación del Medio Ambiente con fines militares u otros fines hostiles. ENMOD, aprobada por el Congreso Nacional, 9 de marzo de 1994.
- Convenio específico de colaboración entre el Ministerio de Medio Ambiente y el Ministerio de Defensa para la conservación del medio natural y gestión de los recursos naturales en las instalaciones militares, 15 de febrero de 2001.
- Convenio específico de colaboración entre el Ministerio de Medio Ambiente y el Ministerio de Defensa en materia de calidad y evaluación ambiental en las instalaciones militares, 15 de febrero de 2001.
- Directiva de Defensa Nacional 01/2008.
- «El Derecho de los Conflictos Armados». TOMO I. Mando de Adiestramiento y Doctrina. Ejército de Tierra Español.
- «El Derecho de los Conflictos Armados». TOMO II. Mando de Adiestramiento y Doctrina. Ejército de Tierra Español.
- «El Derecho de los Conflictos Armados». TOMO III. Mando de Adiestramiento y Doctrina. Ejército de Tierra Español.
- Esteve Pardo, José. «Derecho del Medio Ambiente». Marcial Pons.

- Extracto de los debates al Artículo I de la ENMOD; www.sunshine-project.org/enmod/primer.html.
- *Global Monitoring for Environment and Security*.
- Homer-Dixon, Thomas F.: « On the threshold: Environmental changes as causes of acute conflict in Peace and Conflict Studies Program», University of Toronto, International Security, volume 16, número 2, p. 76 y ss, otoño de 1991. http://www.berlin-institut.org/online_handbuchdemografie/glosar.html.
- Juan Paulo Vera Montero, Teniente Coronel del Servicio de Justicia del Ejército de Chile. «Desarrollo sostenible y conflicto armado». Escuela Militar de Estudios Jurídicos. Septiembre-diciembre 2009.
- «La protección del agua por el Derecho Internacional Humanitario, como bien indispensable para la supervivencia de la población civil.» Artículo del General José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto.
- Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de Defensa Nacional. En materia de conservación, restauración y mejora del medio ambiente y los recursos naturales.
- Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Ambiental.
- Libro Derecho Internacional relativo a la conducción de las Hostilidades. Compilación de Convenios de La Haya y de algunos otros instrumentos jurídicos. Ob. Cit. 187p. y ss.
- «Manual para la formación en medio ambiente». Lex Nova. Bureau Veritas 1828.
- Memoria annual report. Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial, «Esteban Terradas». Publicaciones de Defensa.
- Michael Jäger. «Contribución de los cambios ecológicos al desarrollo de conflictos y riesgos para la seguridad». La violencia del siglo XXI. Nuevas dimensiones de la guerra. Monografías del CESEDEN. Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional. Octubre 2009.
- ONU, ASAMBLEA GENERAL A/CONF.151/26 (Vol. I) 14 de agosto de 1992. Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo. Río de Janeiro, Brasil, 3 al 14 de junio de 1992.
- Orden de 21 de enero de 2000 por la que se establece un régimen de colaboración entre el Ministerio de Medio Ambiente y el Ministerio de Defensa.
- Organización Mundial de la Salud y el Fondo Internacional para la Ayuda a la Infancia: Informe sobre distribución y eliminación de aguas, 2000.
- Ortega Álvarez, Luis. «Lecciones de derecho del medio ambiente». Lex Nova.
- Pérez González, M. (2007), «El Derecho Internacional Humanitario frente a la violencia bélica: una apuesta por la humanidad en situaciones de conflicto». Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 30 y ss.
- Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, de 1977.

- Protocolo II sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos.
- Protocolo III sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias.
- Real Decreto 2090/2008, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Ambiental.
- *Resolution on the Environment, Security and Foreign Policy.*
- Revista española de la Defensa. «Fuerzas Armadas y Medio Ambiente».
- Tratado de Ottawa de 1997.